

INC

SOBRE A

**PENALIDADE, INS**

E

**REGIMEN PRISIO**

SANTO THYRSO

TYP. DO JORNAL DE SANTO THYRSO

Praça do Conde de S. Bento

1889

Ednarda Jose da Silva Carvalho  
delegado do procurador regio pede l'hon-  
neur de soumettre vos productions scien-  
tifiques sur la criminalite pour les  
citer dans quelques ouvrages a publier  
Guimarães

des savant illustre et criminaliste  
le plus distingué, Mr. Tard, juge  
d'instruction à Carlat.

*ff.*

Quinaraes (Portugal)  
10-4-1888

*L'autour*

NOTAS

**SOBRE A PENALIDADE, INSTITUIÇÃO**

**E**

**REGIMEN PRISIONAL**

T7860



# NOTAS

SOBRE A

## PENALIDADE, INSTITUIÇÃO

E

## REGIMEN PRISIONAL

POR

**Eduardo José da Silva Carvalho**

*Delegado do Procurador Regio na comarca de Guimarães*



SANTO THYRSO

TYP. DO JORNAL DE SANTO THYRSO

Praça do Conde de S. Bento

1889

Na Ex.<sup>ma</sup> Smt. Conselheira

AUGUSTO MARIA DE CASTRO

Dignissimo Procurador Regio junto da  
Relação do Porto

Testemunha de respeitosa homenagem

A.

O auctor.

«As penas, as prisões e os problemas penitenciarios  
são factos tam intimamente ligados que o estudo de um  
deve importar a resolução de todos.»

Ex.<sup>mo</sup> Conselheiro Augusto Maria de Castro,  
Circular da Procuradoria Regia do Porto, n.º 867.

PREAMBULO

III.<sup>mo</sup> e Ex.<sup>mo</sup> Snr. 1

Tenho a subida honra de enviar a V. Ex.<sup>a</sup> a noticia historica e circumstanciada de alguns crimes graves julgados n'esta comarca, exigida na douda circular n.º 867, de 11 de julho ultimo, d'essa Procuradoria Regia a muito digno cargo de V. Ex.<sup>a</sup>

Na acertadissima comprehensão dos deveres inherentes á elevada posição de V. Ex.<sup>a</sup> na magistratura do ministerio publico, sentiú V. Ex.<sup>a</sup> o forte desejo e a agradavel esperanza de levantar aquella instituição, fazendo-a corresponder as suas justas aspirações; e porisso, obrigando os seus delegados a darem-lhe uma prova de competencia e de trabalho, apontou-lhes V. Ex.<sup>a</sup>, no vastissimo campo da sciencia criminal, as penas, as prisões e os problemas penitenciarios.

Não podia ser mais larga a indicação nem mais extenso o convite, porque o problema da penalidade é, como disse De Parieu, um problema immenso.

Se a classe dos delegados do Procurador Regio não estivesse sobrecarregadissima de numerosas e complexas attribuições, que quasi tornam impossivel o seu regular cumprimento; se ella, em geral, podesse dispender uma parcella dos seus proventos na aquisição de sufficientes livros scientificos, eu diria (com respeitosa venia) que as sabias determinações de V. Ex.<sup>a</sup> deviam referir-se, nos annos futuros, aos outros ramos de jurisprudencia em que os agentes do ministerio publico teem de ser versados. Fomentar se-hia assim o estudo do direito nas suas multiplices manifestações, e os

---

1 Transcrevemos (com auctorisação) este officio porque, explicando elle o apparecimento do opusculo, substituiria as costumadas palavras d'uma advertencia preliminar.

## VIII

funcionarios, que se honram e applaudem por ter a V. Ex.<sup>a</sup> como immediato superior hierarchico, aproveitariam a occasião de mostrar que não se lhes impoz e confiou de balde o conhecimento e o desempenho das mais nobres e melindrosas funcções sociaes.

Por minha parte desejei patentear que comprehendí o apello de V. Ex.<sup>a</sup>; e n'esse intuito, apesar de diminutissimo o tempo que me sobejava do exercicio do meu cargo em comarca populosissima, pareceu-me conveniente, antes de elaborar a noticia historica dos crimes, coordenar algumas notas sobre os assumptos penaes por V. Ex.<sup>a</sup> indicados, e preferi-os por me parecer aquella noticia historica d'uma importancia relativamente secundaria e de um caracter pratico, complementar do estudo doutrinal.

Alguns pontos de que tratei podiam, e verdade, ser menos perfunctoriamente lembrados; mas, além da carencia de livros proprios, preoccupou-me a necessidade de não perder de vista a vastidão da these. Demais d'isso as notas elucidativas e as remissões, propositivamente demasiadas, conseguiriam talvez supprir algumas lacunas do texto, indicando obras dignas de consulta.

Notas chamo ao opusculo, porque a minha insufficiencia, a escassez do tempo e talvez a indole da prova exigida não permittiam mais do que uma simples e breve exposiçao e correlacionação de idéas e noticias sobre a penalidade e a instituiçao prisional; materias que, quanto a outros, o conhecimento tecnico, a observação pessoal das prisões nacionaes e estrangeiras e a critica arguta muito poderiam explorar.

Para maior motivo de escusa allegarei ainda como Brisson: «Edidí ut potui, non ut volui».

Deus Guarde a V. Ex.<sup>a</sup>

Guimarães, 1 de janeiro de 1889.

Ill.<sup>mo</sup> e Ex.<sup>mo</sup> Snr. Conselheiro Procurador Regio junto da Relação do Porto.

O delegado de V. Ex.<sup>a</sup>

Eduardo José da Silva Carvalho.

## PRIMEIRA PARTE

EVOLUÇÃO HISTORICO-PHILOSOPHICA DA PENALIDADE

## PRIMEIRA PARTE

### Evolução historico-philosophica da penalidade

*«Errabat multis in rebus antiquitas»*

CICERO.

## CAPITULO I

### SUMMARIO

1. Influencia da civilisação no direito criminal.—2. Aspectos da noção de penalidade; fórmulas successivas da justiça criminal desde os tempos antigos.—3. Penalidade entre os hebreus, egypcios, gregos, romanos e outros povos; principio que a domina; vingança privada representada na pena de talião.—4. Direito penal dos romanos durante o imperio.—5. Elementos romano, barbaro e christão depois da queda de Roma; confronto dos romanos com os barbaros; invasões dos barbaros.—6. Sua fixação no territorio romano; vingança privada e systema das composições.—7. Barbarie e feudalismo; justiça real, senhorial e ecclesiastica; penalidade subordinada à vingança senhorial; predominio das multas e da tortura.—8. Libertação das communas; direito penal em face dos elementos municipal e feudal.—9. Motivos de preponderancia da realza desde o fim do seculo 12; centralisação do poder real; caracter das penas; creação do ministerio publico.—10. Legislação criminal depois do estabelecimento dos governos livres; revolução philosophica e social no seculo 18; direito e legislação criminal depois de 1789 e sob o consulado, imperio, restauração, monarchia de julho, republica de 1848 e segundo imperio, codigos penaes de algumas nações.

1. O direito criminal, acompanhando o desenvolvimento da humanidade desde a sua phase primordial— a familia—até ao actual periodo de organização collectiva— a nação —, adaptou-se sempre ao estado progressivo, successivamente aperfeiçoado, da sociedade, isto é, á sua civilisação.

Os meios de conservação social foram, entre outros, as leis penaes, quer tradicionaes quer escriptas; e estas deviam ser tanto mais benevolas ou severas quanto mais o poder se approximasse ou affastasse das verdadeiras noções do bem, do justo e do util; tanto mais conformes ou desconvenientes a estas noções quanto mais larga ou acanhada fosse a esphera das faculdades humanas.

O alargamento d'esta esphera realisou-se pelo trabalho fecundo e incessante do espirito, que na ordem intellectual creou a sciencia e na ordem moral revelou a virtude—elementos incontestaveis de perfectibilidade.

Na infancia da sociedade, quando a sciencia é embrionaria e a pratica do bem pouco mais que instinctiva, a sensibilidade, a paixão, é quasi o exclusivo motor das acções humanas; mais tarde porém a razão, impondo as ideias de justiça e de utilidade, e a consciencia, radicando os preceitos do dever, tomam os primeiros logares entre os factores da civilização, a qual, aspirando á eliminação das ideias e factos que lhe impedem a marcha evolutiva, tende por isso mesmo, como alguém já disse, a devorar a propria criminalidade<sup>1</sup>.

Em quanto, pois, a sensibilidade foi no mundo antigo a inspiradora dos castigos, a razão de punir, o fim da pena e a proporcionalidade d'ella ao delicto—problemas ainda muito discutidos—assentavam em concepções erroneas e falsas, que hoje o criterio scientifico condemna e a indole do direito repelle; «mas, como os principios de philosophia penal são os principios naturaes da humanidade e justiça applicados á repres-

<sup>1</sup> G. Tarde, La criminologie comparée, Paris, 1886, pag. 191.

são do crime e á defeza da sociedade, diz A. Frank<sup>2</sup>, deviam elles triumphar pouco a pouco sobre a violencia do instincto e sobre as paixões selvagens que suffocavam no homem a voz da consciencia.»

Por isso dizem os publicistas que o direito penal d'um povo é o mais seguro thermometro da sua civilização<sup>3</sup>, e, em demonstração d'este asserto, relacionam as transformações d'aquelle direito a algumas epochas, em que as estudam.

Percorramol-as:

2. A divisão em familias e tribus era a organização social dos primitivos povos, os quaes sem um elo commum que os correlacionasse na vida nómada, ao mesmo tempo pastoril, agricola ou aventureira, que levavam<sup>3</sup>, sem um fim geral que os prendesse, antes n'um quasi contínuo estado de guerra, lançavam mão da vingança e da represalia (faida)<sup>4</sup> quando procuravam a satisfação dos soffrimentos e a reparação dos males que outrem lhes causára. A unica auctoridade que respeitavam era o braço, symbolo da força material; o fim a que visavam a vindicta; o sentimen-

<sup>1</sup> Philosophie du Droit Pénal, Paris, 1864, pag. 8; Rossi, Traité de droit pénal, Paris, 1853, pag. 30 e seg.

<sup>2</sup> Niccola Nicolini, Principes philosophiques et pratiques de Droit Pénal, extr. et trad. par Flotard, Paris, 1851, pag. XLIII.

<sup>3</sup> A. Ott, L'Inde et la Chine (biblioth. utile), Paris, pag. 14, escreve: «La civilisation primitive se caractérise avant tout par le fractionnement de la société en petites tribus, dans les quelles les liens de famille remplacent jusqu'à un certain point les liens sociaux, et par l'absence d'établissements stables et de la prise de possession définitive du sol.»

<sup>4</sup> Ortolan, Éléments de Droit Pénal, Paris, 1875, tom. 1.º, pag. 49.

to que os dominava a paixão, e o julgamento que invocavam o de Deus, traduzido na boa ou má fortuna dos combates.

D'aqui a origem das *ordalias* ou *juizos de Deus*, de que ha vestigios em quasi todos os povos da antiguidade<sup>1</sup>, com o cortejo das suas provas mais ou menos aberrantes do senso e da dignidade humana; d'aqui a origem da tortura com o tenebroso sequito dos seus instrumentos, com a horrorosa escala das suas inauditas crueldades.

O principio rigoroso da vingança tinha porém de modificar-se em face de novos sentimentos dos povos e de tomar diverso aspecto. A idéa religiosa acrisolasse, Deus apparece terrivel na sua justiça, o mobil dos julgamentos é o temor da divindade, o seu fim a vingança divina, o perdão dos delinquentes torna-se raro, quasi dependente d'um milagre; porque, se todas as leis são de revelação divina, qualquer acção culpavel offende a Deus e é a Deus que o delinquente tem de dar satisfação<sup>2</sup>.

E' o periodo essencialmente theocratico, predominante na maior parte das regiões do Oriente, Indias, Persia e Palestima.

<sup>1</sup> Julio de Vilhena. As raças historicas da península Iberica, Coimbra, 1873, pag. 79; Neves e Castro, Theoria das Provas, 1880, pag. 48. Nem os duellos judicarios nem a tortura, aquelles de homem para homem ou de tribu para tribu, esta de superior para inferior, do nobre para o popular, eram em rigor penalidades, já porque nos duellos o castigo imposto, o soffrimento inflingido só era pena depois da sorte do combate, cujo resultado mostrava a justiça ou injustiça dos actos do offensor, já porque a tortura era antes um meio de obter informações sobre o facto da offensa ou lesão. Assim o entende o cit. Nicolini, pag. XLV.

<sup>2</sup> Franck, obr. cit., pag. 9.

Mais tarde a justiça criminal, baseada ainda em sentimentos religiosos e na crença em uma justiça suprema omnipotente, subordina-se a um fundamento mais brando e piedoso. O meio investigador é principalmente o juramento, no qual, sobre o tumulto dos santos, se invoca a Deus por testemunha; e d'ahi nasce a instituição dos *compurgadores*, em que se invoca o testemunho humano, e se affirma a prova testemunhal, a principio verbal, mais tarde manifestada na escripta.

A estas formas successivas da justiça criminal nos tempos antigos seguem-se as leis escriptas<sup>1</sup>; e, como a noção de lesão individual se achava confundida com a de lesão social, isto é, a collectividade se julgava offendida no individuo, converte-se a vingança, que primeiro fôra particular, depois confiada a justiça divina e mais tarde temperada pela piedade e modificada pela influencia do feudalismo e das instituições absolutas, em vindicta publica; apparece o julgamento por meio de testemunhas, publico em alguns casos e na maior parte ainda secreto; o bem geral no correr das idades é a mais potente aspiração dos povos; a ordem e o interesse do individuo e da nação constituem o fim da justiça e o objectivo das leis penaes, que já consideram as causas e os antecedentes dos delictos, a idiosyncracia, as circumstancias peculiares dos criminosos e a sua situação em frente das victimas. E n'esta evolução a pena toma uma feição humanitaria, aperfeiçoa-se o organismo judiciario, desenvolve-se a eloquencia forense e tende a harmonisar-se o character da legislação criminal.

<sup>1</sup> Nicolini, obr. cit., pag. XLVII.

3. Parece certo que entre os povos da mais remota antiguidade e até onde puderam chegar as sinceras investigações da historia, principalmente os hebreus, egypcios e gregos, o principio que legitimava o emprego da penalidade era a vingança, a prova a tortura<sup>1</sup>, o meio de expiar os crimes o sacrificio cruento<sup>2</sup> e a primeira fórma do direito de punir o julgamento de Deus pela sorte nos duellos ou combates judiciarios<sup>3</sup>. A vingança, representada na pena de talião<sup>4</sup>, que Ta-

<sup>1</sup> Segundo Ammiano Marcelino, lib. XII in fine, citado por C. le Gentil, Essai historique sur les preuves, Paris MDCCLXIII, pag. 48 e 49, a tortura estava em pratica no Egypto, entre os medos e persas, mas não entre os judeus. Não se imagine, porém, que não havia outros meios de prova além da tortura, pois que os povos antigos conheciam igualmente a confissão, o juramento, a sorte, etc.

<sup>2</sup> Também não desconheciam os antigos as penas pecuniarias.

<sup>3</sup> «E' que os homens n'esta epocha, diz Rossi citado por Levy Jordão (Visconde de Paiva Manso), Commentario ao Código Penal portuguez, Lisboa, 1833, tom. 1, pag. VII, sentem apenas confusamente que o mal merece o mal, e subjugados pelas necessidades immediatas, pela violencia das paixões e pela distincção das individualidades não veem senão o offensor e o offendido e individualisam aquelle principio, identificando a punição com o direito de dezoza, com a vingança essencialmente individual e brutal em sua acção».

<sup>4</sup> Que a pena de talião era empregada pelos hebreus mostram o Exodo, c. XXI vv. 23, 24 e 25: «*Sin autem mors ejus fuerit subsecuta, reddet animam pro anima. Oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede. Adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livorem pro livore*» e o Levitico, c. 24 vv. 17, 18, 19 e 20; no entanto Terrasson, Histoire de la jurisprudence romaine, Paris, MDCCL, pag. 448, impugna que tal pena proceda do direito divino, entendendo que os romanos a receberam das leis de Solon. C. le Gentil, obr. cit., pag. 41, nota 1, diz que a pena de talião fôra já presentida por Caim—*omnis igitur qui invenerit me, occidet me*—(Gênesis c. 4 v. 14), e que os judeus de tal fórma estavam persuadidos da justiça d'este castigo que entendiam que Caim fôra morto por Lameth. Em seguida mostra Gentil que esta pena fôra usada pelos egypcios, indios, gregos, crotoniatas, musulmanos, wisigodos, sendo entre os romanos consagrada na lei das Doze taboas: «*Si membrum rupit, ni cum eo pascit, talio esto.*»

cito diz estar gravada na consciencia do genero humano, encontrava-se em muitos logares da Biblia. *Oculum pro oculo, dentem pro dente* era a sua formula.

Na legislação egypcia, que mandava cortar a lingua ao revelador dos segredos do estado e queimar as aduleras ou tirar-lhes o nariz para desapparecer a belleza<sup>1</sup>, ostentava-se ella em toda a sua barbaridade até no processo feito aos mortos á borda do lago Mory.

Entre os gregos ha traços d'ella n'uma lei de Solon referida por Diogenes de Laërte<sup>2</sup>, mas sobretudo na anterior legislação crudelissima de Draco, que impoz a pena de morte a todos os criminosos<sup>3</sup> e chegou a decretar penas contra os animaes e cousas inanimadas<sup>4</sup>.

A expiação, destinada a appacar o furor das divindades offendidas, apparece com o mesmo character vindicatorio, entre os hebreus no sacrificio de Abrahão, da filha de Jephthé e outros, entre os gregos nos de Iphigenia, Polixena e na destruição de Troia e entre os egypcios nos sacrificios de Isis aos manes de Osiris e semelhantes.

Os romanos tinham tambem consagrado na sua historia criminal o principio da vingança privada ou rea-

<sup>1</sup> Basilio Alberto, Lições de direito criminal portuguez, Coimbra, 1861, pag. 4.

<sup>2</sup> Essa lei é: «*Siquis monoculo oculum effoderit uterque ei effodiatur*», e vem citada por Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, Theorie du Code Pénal, 1861, tom. 1.º, pag. 22.

<sup>3</sup> Perez y Molina, La sociedad y el patibulo ó la pena de muerte, Madrid, 1834, pag. 218.

<sup>4</sup> Moysés tambem decretou penas contra os animaes: «*Si bos cornu percusserit virum aut mulierem et mortui fuerint, lapidibus obructur*». Ex. c. XXI v. 28.

ção violenta contra toda a injustiça soffrida <sup>1</sup>, se bem que mais tarde foi elle abolido pela intervenção do poder central. São vestigios da preponderancia d'aquelle principio a morte de Lucrecia e a vingança de Colatino e Bruto, a precipitação de Manlio Capitolino da rocha tarpeia <sup>2</sup>, a morte de Tacio, os castigos da vestal Minucia e de Suffecio, o traidor, e enfim as leis das Doze taboas, impondo a pena de talião ao auctor de offensas corporaes <sup>3</sup>.

As penas, quer n'este povo quer nos babilonios, assyrios, medos, persas, indios, <sup>4</sup> chinas e japonezes, eram por via de regra empregadas á vontade dos imperantes.

Como principaes havia a decapitação <sup>5</sup>, estrangulamento, esarteamento, tiro de flexa, submersão, supplicio do fogo <sup>6</sup>, arremesso á jaula de leões <sup>7</sup>, lapidação <sup>8</sup>, serração <sup>9</sup>, suffocação com cinza ou com la-

<sup>1</sup> Dr. Dias da Silva, Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal, Coimbra, 1886, pag. 5.

<sup>2</sup> Fleury, L'histoire romaine, Paris, 1876, tom. 1.<sup>er</sup>, pag. 126.

<sup>3</sup> Ortolan, Histoire de la législation romaine, taboa VIII, § 2.

<sup>4</sup> Ott, obr. cit., pag. 73.

<sup>5</sup> Os fillos d'Acab foram decapitados por ordem de Jehu, rei d'Israel, S. João Baptista por ordem de Herodes, etc.

<sup>6</sup> Assim o castigo da fornalha ardente inflingido por Nabuchodonosor a Sidrach, Misach e Abdenago, livro de Daniel, c. III. Os hebreus castigavam com fogo os mentirosos, adulteros, ladrões, sacrilegos, as cidades idolatras, a filha do sacerdote que se prostituísse, e applicavam-no ora mettendo chumbo derretido na bocca do delinquento, ora arrojando-o a uma fogueira ou caldeira d'agua a ferver. Molina, obr. cit., pag. 213.

<sup>7</sup> Vej. livro de Daniel, c. VI.

<sup>8</sup> Exodo, c. XXI v. 28. Assim o caso da mulher adultera, que Jesus Christo não castigou, no Evangelho de S. João c. VIII.

<sup>9</sup> No livro II dos Reis c. XII conta-se que David tendo guerra com os Ammonitas lhes tomara a capital, Babbath, e tanto n'esta como n'outras cidades mandára serrar os seus habitantes, passar

ço, esmagamento aos pés de animaes, enforcamento, arrazamento de cidades, veneno <sup>1</sup>, mutilação de membros, desterro <sup>2</sup>, prisão simples ou com golilha, péas e rodas, fustigações annuaes nos templos <sup>3</sup>, privação de sepultura, escravidão, confisco, infamia, multa, e até a pena de morder a terra applicada aos menores <sup>4</sup>.

A modificação da pena de talião pelas pecuniarias, exigindo a interferencia do poder social, é um passo no progresso da legislação de Roma, porque importava o reconhecimento de que o estado, defendendo os individuos, se defendia a si proprio, e de que a pena era a satisfação d'uma divida contrahida para com o delinquento—lesão individual—e para com o estado—lesão social—; satisfação que já acarretava a idéa de renuncia da vindicta particular <sup>5</sup>.

Estas idéas germinaram. O que havia de mais apro-

por cima d'elles carroças ferradas, fazel-os em pedaços com cutellos e depois d'isso lançal-os em fornos de cozer tijollo.

<sup>1</sup> Tal foi a morte do grande philosopho Socrates, V. Duruy, Histoire grecque, pag. 269.

<sup>2</sup> As leis de Minos castigavam com desterro os homicidas. Molina, obr. cit., pag. 218.

<sup>3</sup> Entre os lacedemonios no de Dianna.

<sup>4</sup> Chauveau et Hélie, obr. cit., tom. 1.<sup>er</sup>, pag. 20, podem ser consultados sobre o assumpto. Os egypcios tinham a pena de morte nos 8 livros de Thaut, que compunham o seu código, e applicavam-n'a ao homicida, ao ocioso, etc. Os persas não puniam o parricidio por o julgarem impossivel; no entanto condemnavam alguns reos a serem encerrados em troncos d'arvores, tendo de fóra a cabeça, mãos e pés untados com mel para as abelhas os devorarem. Os chinczes castigavam com a pena de morte e com a ignominia de ser esarteado o sacrilego, o parricida e o traidor; ao passo que o pae que matasse o fillo tinha a pena de bambú e o homicida podia remir-se a dinheiro.

<sup>5</sup> Savigny, Traité de droit romain, trad. par Guenoux, Paris, 1816, tom. 3, pag. 53.

veitavel nas leis das Doze taboas, considerando alguns factos como crimes sujeitos á vingança publica, fructificou e desenvolveu-se com o estabelecimento dos questores <sup>1</sup>.

4. No tempo do imperio romano, antes da tolerancia do christianismo, a penalidade, embora modificada no seu principio, era severissima, mesmo barbara.

As penas que nos tempos da antiga Roma, á excepção das que se destinavam aos escravos, não tinham nada de cruel passaram a ser atrozes sob a dominação dos Cesares e desde Constantino, diz Ferrão <sup>2</sup> na introdução do seu commentario ao código penal portuguez.

Na verdade, assim aconteceu na epocha de Tiberio e outros imperadores, e, quanto ás penas dos crimes religiosos e moraes, nos reinados de Justiniano e Theodosio; no entanto os edictos dos magistrados, as constituições dos imperadores, as respostas dos prudentes e algumas leis especiaes foram tambem constituindo a legislação criminal d'esse grande povo destinado a arrastar consigo a queda do mundo antigo, que

<sup>1</sup> Em Roma havia os *questores parricidii* empregados na investigação dos crimes capitales, e os *acerarii* que recebiam os redditos publicos. Vej. Terrasson, obr. cit., pag., 35 e 177.

<sup>2</sup> Theoria do direito penal, Lisboa, 1836, vol. I, pag. XXXVIII. Conta Basilio Alberto, obr. cit., pag. 10, que Arcadio e Honorio na constituição sobre o crime de lesa-majestade levaram a tyrannia a ponto de ordenar: «que os filhos dos reus d'este crime fossem reduzidos a tal estado que para elles a morte fosse um allivio e a vida um pezo».

O livro V das Ordenações, nascido d'aquella constituição, diz que este crime: «condêna o que o commette, e empeço, e enfama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa»!!

quasi exclusivamente representava, ante a força nova d'uma raça guêrreira—a germanica.

5. Os historiadores consideram o esphacelamento e a desaparição verdadeiramente phenomenal do imperio romano no seculo 5 como o termo da idade antiga e o inicio da idade media <sup>1</sup>.

Entre os elementos de civilisação que surgem á queda do colosso e se inoculam na seiva das novas nacionalidades, quinhoadas na partilha do imperio <sup>2</sup>, contam-se o *romano*, o *barbaro* e o *christão*, e, para o estudo das instituições no periodo que decorre desde a ruina de Roma, tem-se distinguido diferentes epochas.

O illustre professor que foi da Universidade de Coimbra, dr. Henriques Secco <sup>3</sup>, estudando a historia do direito criminal, distingue para facilidade da tarefa as seguintes epochas:—*barbaridade*, *feudalismo*, *governos absolutos e governos livres*—divisão quasi harmonica com a estabelecida por Basilio Alberto <sup>4</sup>, que introduziu entre o *feudalismo* e o *absolutismo* a epocha das *municipalidades*.

Veremos o caracter da penalidade em cada uma d'ellas.

<sup>1</sup> Sobre a significação da idade-media na historia da humanidade e critica das opiniões de A. do Quental e Oliveira Martins, vej. J. de Vilhena, obr. cit., pag. 101.

<sup>2</sup> Acerca das idéas e factos legados pela civilisação romana á Europa moderna, taes como—o regimen municipal, as idéas do imperio, legislação civil, o principio de ordem e servidão, vej. Guizot, Historia da civilisação na Europa, trad. do marquez de Souza Holstein, Lisboa, 1873, tom. 1.º, pag. 58 e seg.

<sup>3</sup> Revista de legislação e jurisprudencia, de Coimbra, vol. 4.º e 9.º.

<sup>4</sup> Obr. cit., pag. 11. E muitos escriptores estrangeiros.

No tempo em que o grande imperio se achava dividido em oriental e occidental os romanos de então quasi que não se assemelhavam aos seus antepassados no character e nas altas qualidades civicas e moraes. Cincinnato com a sua pobreza, Publicola com o seu desinteresse, Scipião com a sua generosidade, Fabricio com a sua abnegação, Catão—o censor—com a sua integridade e a mãe dos Grachos com as suas virtudes, se houvessem resurgido á vida, debalde procurariam aquellas qualidades na nação envidada, mergulhada nos prazeres do luxo, da gula e da sensualidade, deshonrada pela venalidade dos seus imperadores e funcionarios e pela ociosidade e torpe luxuria dos seus patricios e damas <sup>1</sup>.

Roma apodrecêra. A aguia que esvoaçára até aos confins do mundo conhecido e subjugára nas garras quasi todos os povos da Europa, Asia e Africa, convertera-se n'um cadaver que os barbaros, como abutres, farejavam e espreitavam das florestas sombrias da Europa septentrional.

Não estavam assim enervados os barbaros d'além Danubio. Os godos, provenientes da Scandinavia, que no tempo de Odin se misturaram com os suevos nas margens do Vistula e depois se dividiram em tres grandes grupos—ostrogodos, wisigodos e gépidas—<sup>2</sup> todos originarios da Germania, os hunos que submetteram os alanos e os ostrogodos, todos e já antes d'elles

<sup>1</sup> Molina, obr. cit., pag. 251 e seg.

<sup>2</sup> Sobre a primitiva situação d'estes povos e dos suevos, burgundos, hérulos, vândalos e alanos, vej. Jorge Weber, Historia Universal, trad. de Delfim de Almeida, vol. II, pag. 22; V. Duruy, Petite histoire du moyen âge, Paris, 1875, pag. 2.

os quados e marcomanos no tempo de Marco Aurelio desejavam irromper e partilhar as províncias do imperio.

Em seguida á morte de Theodosio, Alarico á frente dos godos invadiu a Grécia, a Attica e a Illyria, mas foi retardado pelos esforços de Stilicon. Pouco depois Radagazi, á testa dos suevos, vândalos e burgundos, teve peor sorte n'uma batalha junto a Florença. Voltou Alarico desejoso de vingar-se do desastre de Pollencia e conseguiu-o, saqueando Roma. Ataúlpho, seu filho, cunhado de Honório e de Arcadio, quiz poupar os romanos e desviou por isso os seus exercitos para as Gallias e para a Hespanha, invadida já pelos alanos, vândalos e suevos; porem Attila, rei dos hunos, cognominado o *flagello de Deus*, apesar de vencido nos campos catalaunicos pelos francos e wisigodos d'Aquitania, chegou ás portas de Roma, talando as províncias. Foram, porem, Genserico, rei dos vândalos e Odoacro, rei dos hérulos, os que completaram a ruína do imperio dos cesares, no tempo do seu ultimo imperante Romulo Augusto (476) <sup>1</sup>.

6. Não era de admirar que os barbaros, fixando-se nos territorios romanos, se imbuíssem dos sentimentos, costumes e legislação da nação extincta, temperando com os d'esta a legislação, os costumes e os sentimentos proprios. Era tambem natural que, segundo a indole especial de cada grupo barbaro, se constituíssem codigos privativos, em que a legislação variasse confor-

<sup>1</sup> Weber, obr. cit., vol. II, pag. 32.

me as circumstancias especiaes de cada um d'esses grupos <sup>1</sup>.

Nota-se como característica mais saliente da civilização barbara a independencia individual, era de esperar que este sentimento, acrisolado pela indole guerreira e caracter rude de taes povos, adoptasse o principio da vingança privada em toda a sua amplitude, estendendo-o até aos parentes do offendido <sup>2</sup>.

Parece mesmo que a pena de talião não bastava á represalia do barbara, a paixão não ficava saciada, era necessario imitar Odin e Gudruna <sup>3</sup>; por isso as penas comprehendem todas as especies de supplicio, mutilações, cegueiras, talião, decalvação, escravidão, confisco, pena de cadaver <sup>4</sup>, penitencias canonicas e ás vezes penas ridiculas <sup>5</sup>.

Mas os barbaros, afastados das suas florestas, deslumbrados pelos ultimos clarões da civilização que haviam contemplado, assentes com suas familias nos territorios conquistados, perdido o habito da pilhagem e do massacre, moderada a primitiva ferocidade pelo contacto com os vencidos, adoçados os seus costumes pela influencia do christianismo, que já não era tão só-

<sup>1</sup> Assim apparecem a *lex wisigothorum*, o *edictum Theoderici*, *lex burgundiorum*, *lex salica*, *alamannorum*, *bavariorum*, *ripuarium*, etc. Vej. Revista cit., 7, 9, pag. 223.

<sup>2</sup> «*Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.*»—Tacito, De moribus germanorum, c. XII.

<sup>3</sup> Odin, deus da guerra e da vingança; Gudruna, mulher que dera a comer ao marido seus proprios filhos para vingar a morte de dous irmãos. Vej. Basilio Alberto, obr. cit., pag. 15.

<sup>4</sup> Pena em que o criminoso era atado no corpo da victima e condemnado a morrer de fome ou a ser enterrado com ella.

<sup>5</sup> Entre os burgundios ou borguinhões o roubo d'um cão de caça era castigado, obrigando-se o ladrão a publicamente beijar o cão... *sous la queue!* Ortolan, Élém. cit., tom. 4.º, pag. 33.

mente uma creença individual mas uma instituição <sup>1</sup>, haviam de necessariamente modificar os castigos dos crimes e a exigencia da sua prova—o talião, a tortura, as ordalias, etc. <sup>2</sup>.

Desenvolve-se o systema das composições por valores ou em dinheiro ou animaes, que substitue as represalias individuaes e familiares, tomando a pena em quasi todos os crimes o caracter de satisfação ao offendido.

Não era bastante, porque ficava ainda sem reparação a lesão social.

7. Onde cessou a barbarie adoptou-se a fórmula feudal <sup>3</sup>.

Com effeito o feudalismo, considerado filho das instituições germanicas, devia segui-las como o conseqüente ao seu antecedente.

Os barbaros povoaram, como já se disse, as provincias romanas. Aos seus chefes ou reis pertenceu uma parte do territorio conquistado, aos companheiros d'estes na guerra tocou outra parte, e uma ter-

<sup>1</sup> Guizot, obr. cit., 1.º vol., pag. 59. Vej. Ortolan, Élémens cit., tom. 4.º, pag. 58.

<sup>2</sup> O principio da vingança individual não foi supprimido ex abrupto, sem transição; as leis respeitaram-no por muito tempo limitando-o e subordinando-o successivamente a diversas condições, a saber: inviolabilidade da casa do offensor, de certos logares publicos, primeiro a igreja depois o *mallum* (d'onde nasceu o importante direito d'asylo), de certos tempos, assim os dias de festa e durante os periodos consagrados á fé religiosa, e presença de certas pessoas, como os representantes do estado ou igreja. Vej. Bertauld, Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle, Paris, 1859, tom. 1.º, pag. 37.

<sup>3</sup> Guizot, obr. cit., 1.º vol., pag. 117.

ceira ficou ainda, mediante tributos ou serviços, para os antigos senhores d'esse territorio <sup>1</sup>.

Além d'estas tres especies de propriedade que podem chamar-se—*dominio, allodio* (propriedade livre) e *terra tributaria*—havia o feudo, que representava a doação de terras, quer do rei aos ricos-homens, quer d'estes a outros, que eram os vassallos.

A fraqueza dos reis originou a hereditariedade dos feudos, e a preponderancia que o senhor feudal assumiu sobre vassallos e servos occasionou, além da real e ecclesiastica, outra formula de justiça—a senhorial.

As penas, subordinadas principalmente ao direito de vingança do senhor ou áquella justiça senhorial <sup>2</sup>, eram já pecuniarias em certo numero de crimes; mas as composições, cujas taxas dependiam primitivamente d'accordo entre offensor e offendido, entre lesante e lesado, fixaram-se nos costumes e nas leis.

Porem nem as *ordalias* se haviam extinguido, porque o feudalismo tinha uma assignalada predilecção pelos *juizos de Deus* manifestados nos combates, especialmente entre nobres ou cavalheiros <sup>3</sup>, nem as penas crueis, como a morte, a fustigação, decalvação, mutilação, mão queimada, banimento, viagem á Terra Santa ou a S. Thiago da Galliza, pena da escada <sup>4</sup>, pe-

<sup>1</sup> Pode ver-se Weber, vol. II, pag. 91.

<sup>2</sup> Ortolan, *Éléments* cit., tom. 1.º, pag. 43. Porem Bertauld, obr. cit., tom. 1.º pag. 54, sustenta contra Ortolan que o principio da vingança senhorial estava longe de assumir um espirito exclusivo ou mesmo predominante na penalidade.

<sup>3</sup> Ortolan, obr. cit., tom. 1.º, pag. 23.

<sup>4</sup> O blasphemador era obrigado a estar durante certo tempo no alto d'uma escada em uma praça publica. Vej. Lefort, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, 1877, pag. 31.

nitencias, multas, etc., deixaram de ser applicadas a varios crimes <sup>1</sup>. Todavia as composições tendiam a desaparecer em face das multas, assim como as *ordalias* ou *juizos de Deus* em face d'um systema de prova mais rapido—a tortura.

8. O florescimento das cidades da idade media, moldadas em grande parte pela organização da de Roma <sup>2</sup>, deve-se mais accentuadamente á concentração dos seus habitantes que, já com habitos sedentarios, apenas voltavam á antiga vida errante n'uma ou n'outra correria, n'uma ou n'outra aventura. Mas não a isso somente.

Guizot <sup>3</sup>, expondo as causas que produziram no seculo 10 o phenomeno social da libertação das *communas*, menciona o direito d'asylo das egrejas, o qual, protegendo as classes inferiores e mesmo a nobreza perseguida contra a prepotencia dos reis, dos senhores feudaes e dos visinhos mais poderosos, dera origem á formação de ajuntamentos que cada vez mais se robusteciam.

Além d'isso a reacção que nas cidades criava a cubiça dos senhores, a falta de segurança para as operações e jornadas commerciaes, os exemplos de resis-

<sup>1</sup> Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e legislação de Portugal*, Coimbra, 1872, §§ 39 e 31.

<sup>2</sup> Compunham-se as povoações mais importantes de familias livres, e de patricios, vassallos tributarios e homens de officio, e achavam-se divididas em imperiaes e municipaes, conforme a auctoridade (preboste, burgrave, bailio) exercia os direitos senhoriaes e a jurisdicção suprema em nome do imperador, principe ou bispo. Vej. Weber, obr. cit., v. II pag. 195.

<sup>3</sup> Obr. cit., vol. 2, pag. 212.

tencia ao poder real que o proprio feudalismo fornecia, tudo isto, acirrando a independencia individual e animando o espirito de liberdade, desenvolvia o governo municipal e fortalecia as confederações burguezas, a que se chamou *communas*<sup>1</sup>.

O direito penal não podia deixar de resentir-se d'estas relações entre o elemento municipal e o feudal; as penas, porem, ainda conservavam a mesma indole que na epocha precedente, se é que, influenciadas por aquelle estado de reacção, não tomaram um character mais severo ainda.

9. Passado o seculo 12 o principio da realeza fortalece-se, e o governo e o povo, depois da declinação do feudalismo no seculo 14, constituem quasi exclusivamente os elementos sociaes. As causas d'esta situação pódem apontar-se e são—a successiva e crescente preponderancia da burguezia conquistada á sombra das suas relações com os imperantes, das quaes resulta o mutuo engrandecimento<sup>2</sup>; a expressão mais adquada e significativa da vontade dirigente do governo social que a realeza mostra; a sua maleabilidade ante certas condições politicas do principio da soberania—eleição e hereditariedade—; a influencia da idéa religiosa, segundo a qual os reis são como descendentes dos deuzes; e as tradições da realeza romana, cujo typo o absolutismo medieval imitou.

Pouco a pouco a justiça ecclesiastica, a senhorial

<sup>1</sup> Pode ver-se Ortolan, *Élém. cit.*, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 40.  
<sup>2</sup> Pinheiro Chagas, *Historia de Portugal*, 1 vol., pag. 311.

e a communal se foram sujeitando á supremacia da justiça real, expressada nas *ordenances*. Ha tribunaes fixos servidos por uma magistratura hierarchica, nos quaes o processo é investigador com certas fórmulas—instrucção escripta e emprego de prova legal—; as penas são arbitrarías, crueis, e tudo isto influenciado, absorvido mesmo, pela centralisação do poder real. «A penalidade, escreve Ortolan<sup>1</sup>, tem sempre por principio a vingança; não a vingança privada como na epocha barbara, nem a vingança do senhor como na era feudal; no periodo monarchico, é a vingança do rei».

Realmente, as penas impostas aos criminosos eram d'este quilate: queimar e enterrar vivo, afogar dentro de sacco, atenazar com ferro em braza, verter chumbo derretido nas veias e outras semelhantes!

Assignala-se n'esta epocha (seculo 14) a criação do ministerio publico; os procuradores do rei e do thesouro publico tomam parte nos processos crimes e entram nos debates judiciarios<sup>2</sup>.

10. A ultima epocha da legislação criminal, que decorre desde o seculo 18, comprehende a historia do direito penal depois do estabelecimento dos governos livres.

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 53.

<sup>2</sup> Sobre os direitos dos procuradores do rei em materia criminal vej. Sellyer, *Traité du droit criminel appliqué aux actions publiques et privées*, Paris, 1814, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 560, e sobre a historia, natureza e fins da instituição do ministerio publico vej. relatório do conselheiro P. G. da C. e F., Martens Ferrão, na *Revista cit.*, 4.<sup>o</sup> anno, n.<sup>o</sup> 175.

Os criminalistas apresentam como defeituosissima aquella legislação nos ultimos tempos do seculo 17 e principio do seculo 18<sup>1</sup>; porque, alem da multiplicidade extraordinaria das leis de estado para estado e dentro da propria nação, notava-se a injustiça das inculpações, a severidade e arbitrariedade das penas. Assim: pelas *ordonances* que em França vigoravam em 1789 havia seis especies de pena de morte: o fogo para os sacrilegos, a roda para os crimes mais graves, o esquartejamento para os attentados contra a pessoa do rei, a decapitação (*decollation*) para os nobres e a forca (potence) para os plebeus<sup>2</sup>. A pena de morte abrangia 115 crimes diversos, e os não comprehendidos n'ella eram punidos com a mutilação, marca de fogo, corte de labios ou de lingua, etc.

Se os seculos 15 e 16 foram os seculos da revolução commercial, artistica, litteraria e religiosa<sup>3</sup>, o seculo 18 pôde dizer-se que foi o da revolução philosophica, provocando o resurgimento da sciencia pela universalidade do livre exame, e o da revolução social, preparando a aniquilação das instituições absolutas pela propagação das doutrinas liberaes.

As idéas e a actividade d'alguns pensadores notaveis de todos os paizes, os esforços da Encyclopedia em França elevaram a philosophia e a sciencia; e o direito criminal, mercê principalmente dos trabalhos re-

<sup>1</sup> Dr. Secco, cit. Revista, vol. 9, pag. 241.

<sup>2</sup> E. de Girardin no livro—*Du droit de penir*, Paris, 1871—traz no appendice a descripção d'estas penas. Vej. ainda V. Daruy, *Histoire des temps modernes*, Paris, 1881, pag. 535.

<sup>3</sup> Daruy, *Histoire des temps modernes*, pag. 2.

formadores do marquez Cezar Beccaria<sup>1</sup>, das obras de Montesquieu e de Rousseau, envolveu-se e rolou n'essa torrente de aperfeiçoamento<sup>2</sup>.

A Beccaria seguem-se ou acompanham-n'o Filangieri, Pastoret, Brissot, Bentham, Servan, Voltaire, Mably, Romanhozi, Lacretelle, Dupaty, Letrosne, Robespierre, Verneuil, Bernardi e até o feroz Marat com o seu *Plan de législation criminelle*<sup>3</sup>.

No calor da revolução a Assembléa nacional fez ouvir, no 1.º d'outubro de 1791, a declaração dos direitos do homem; principios que tinham em vista a suppressão do despotismo real e das immunidades das classes privilegiadas. Em consequencia d'isto, attacada a independencia do clero e a jurisdicção parlamentar, dividiu-se a França em departamentos, estabeleceram-se tribunaes criminaes (assises) com jurados e juizes de paz, publicidade de processos oraes, abolição da censura e dos supplicios.

Pertence com effeito a este periodo, dominado pela revolução franceza, o apparecimento não só de varias leis organicas sobre policia municipal e correccional, jury para accusação e julgamento e abolição de penas, como tambem de codigos de delictos e penali-

<sup>1</sup> Escreveu o tratado—*Dei delitti e delle pene*, 1764—, trad. pelo abbade Morellet; Rousseau o—*Contrat social*, 1736—, e Montesquieu o—*Esprit des lois*—e outras obras.

<sup>2</sup> Toda a revolução social tem influencia no direito privado, toda a revolução politica no direito penal: por maioria de razão a têm aquellas que foram ao mesmo tempo sociaes e politicas. Ortolan, obr. cit., tom. 1.º, pag. 69.

<sup>3</sup> Bertauld, obr. cit., tom. 1.º, pag. 75, enumera os nomes dos auctores e os titulos das obras que, em materia penal, mais concorreram para a propagação das idéas da reforma.

dades, de instrução criminal, organização judiciaria, etc.<sup>1</sup>.

No consulado de Bonaparte houve margem para a apresentação d'um código penal. Em 1808 e 1810 apparecem dous códigos, um de direito penal, outro de processo; mas estes códigos inspiram-se na índole auctoritaria que o imperador queria traduzir nas leis, e admittem ainda as penas de morte, confisco, mutilação, marca, etc. «Esse código penal, diz Chauveau, não estava á altura da civilisação franceza, não foi como o civil uma obra nacional, foi antes obra de Napoleão».

A restauração (1815) fez concessão em materia de direito penal, quer sobre a abolição d'algumas penas, como a de confisco, e das commissões e tribunaes extraordinarios, quer sobre o jury e publicidade dos debates. O reinado de Carlos 10 (1825 a 1830) nada trouxe de notavel ao progresso da sciencia criminal; e o governo de julho, dando o throno a Luiz Philippe, teve de saliente a publicação ou antes reforma de 1830<sup>2</sup>, accrescida d'algumas disposições liberaes, taes como a abolição dos tribunaes de excepção e outras.

Nesta occasião limitou-se a pena de morte a alguns casos, modificaram-se, supprimiram-se ou accrescentaram-se outras penas para os crimes politicos e communs, e applicou-se a doutrina das circumstan-

<sup>1</sup> Vej. Secco, Rev.<sup>a</sup> cit., vol. 9, pag. 258. Ortolan, obr. cit., tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 69, enuncia as leis e códigos publicados depois da revolução. Vej. tambem Lefort, obr. cit., pag. 39.

<sup>2</sup> Ainda assim deve-se á monarchia de julho a revisão do código penal e do de instrução criminal de 28 de abril de 1832. Lefort, obr. cit., pag. 47.

cias aggravantes e attenuantes aos crimes em geral.

Seguiu-se a republica de 1848 cujo governo provisório, havendo proclamado o suffragio universal, a criação de colonias penitenciarias ou agricolas e casas de detenção de menores, a abolição da escravatura e do cadafalso politico, cede o logar, successivamente, a uma commissão executiva, a uma assemblêa nacional constituinte, á presidencia temporaria de Luiz Napoleão e finalmente ao segundo imperio, restabelecido pelo golpe de estado de 2 de dezembro de 1852, votado e sancionado pelo corpo eleitoral.

A republica de 1848 aboliu a pena de morte nos crimes politicos (26 de fevereiro de 1848) e decretou providencias legislativas sobre a suppressão da exposição publica, deportação e presos menores. O imperio fez tentativas para a implantação definitiva do systema cellular e tratou da reorganisação das leis de policia e segurança publica<sup>1</sup>.

Nas outras nações da Europa<sup>2</sup> surgem tambem

<sup>1</sup> Ortolan, obr. cit., tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 76, expõe as mais importantes disposições de leis promulgadas desde 1848 a 1870. O mesmo faz Lefort, obr. cit., pag. 48, mencionando as leis votadas desde 1871, isto é, na epocha da terceira e actual republica franceza.

<sup>2</sup> Assim os códigos penaes da Austria em 1803 e 1815, o da Belgica em 1810, o da Baviera em 1813, o de Napoles em 1818, o da Prussia em 1820, o da Hespanha em 1822, o do Brazil em 1830, o da Grecia em 1833, o da Sardenha em 1836, o de Saxe em 1837, o de Wurttemberg em 1839, o do Hanover em 1840, o da Russia em 1845, o da Hespanha em 1850, o da Hollanda em 1854, o da Saxonia em 1855, o da Prussia em 1859, etc., etc., muitos dos quaes foram posteriormente alterados ou substituidos.

Sobre o desenvolvimento do direito e legislação criminal na Hespanha pode ler-se com proveito —O código criminal español segun las leyes y practica vigentes, por Garcia Goyena, prologo da obra, Madrid, 1843, e Commentarios al nuevo código penal, por D. Thomaz Vizmanos e D. Cirilo Martinez, introdução, Madrid, 1848.

codificações de leis criminaes, mais ou menos inspiradas no espirito philosophico e liberal que agitára os primeiros tempos da revolução franceza.

## CAPITULO II

### SUMMARIO

11. Epochas da legislação criminal patria.—12. Civilisação dos luzitanos; indole severa da penalidade.—13. A Luzitania reduzida a *formula provinciae*; a legislação criminal n'esta epocha não tem character particular.—14. Passagem dos barbaros na Luzitania e fundação da monarchia gothica; o systema penal do codigo wisigothico é inspirado na vingança arbitraria, contudo apresenta algum progresso.—15. Invasão dos sarracenos e ruina do imperio gothico; fundação do reino de Leão; legislação criminal dos godos submettidos e dos independentes; foraes.—16. Doação do territorio portugalense ao conde D. Henrique; a legislação sobre os primeiros reis; o direito penal inspira-se ainda na vingança privada.—17. Leis geraes em 1211; progresso da legislação criminal no tempo de D. Diniz.—18. Influencia da Egreja e pretensões do papado; introdução do direito canonico e da jurisprudencia justinianea; emprego de penas barbaras; principios de intolerancia; Ordenações affonsinas dictadas especialmente pelo direito canonico e romano; systema e divisão das Ordenações manuelinas.—19. A reforma dos foraes e o estabelecimento da inquisição como influem na penalidade; espirito das Ordenações philippinas.—20. Tentativas de reforma da legislação criminal antes e depois da revolução de 1820; continuação das mesmas tentativas na Carta Constitucional e na constituição de 1838.—21. Antecedentes do codigo penal de 1832; conceito de Levy Jordão acerca d'elle; reforma penal de 1 de julho de 1867, creando o systema penitenciario; nova reforma penal de 1884; opinião de Navarro de Paiva; codigo penal de 1886; apreciação.

11. Querendo assignalar-se com methodo o desenvolvimento do direito e da legislação criminal na parte da peninsula, em que outr'ora se estendia a Luzitania e hoje Portugal occupa, pode contemplar-se esse desenvolvimento atravez das seguintes epochas historicas: *luzitana, romana, barbara, affonsina, joannina e brigantina*.

E' o que fizeram Mello Freire, Coelho da Rocha, Basilio Alberto, Henriques Secco, alem d'outros mais antigos escriptores.

12. Seria preciso conhecer bem a indole, os costumes e a cultura intellectual dos primitivos habitantes da região em que se fundou a nacionalidade portugueza—os luzitanos—para desenrolar com exactidão as phases que, no seu percurso, apresentou o respectivo direito penal <sup>1</sup>.

Se os antigos luzitanos eram ou não uma fusão de iberos, phenicios e celtas ou de outras colonias asiaticas, é isso difficil de resolver <sup>2</sup>.

É obscura a historia d'estes povos e até envolvida em lendas de character mais ou menos heroico que certos historiadores perfilharam <sup>3</sup>; sendo forçoso confessar que não lhes é muito lisongeira a apreciação d'alguns escriptores nacionaes <sup>4</sup>.

Porem o convívio com outros povos, a communicacão reciproca dos costumes, a necessidade dos trabalhos agricolas e da construcção de habitações foram modificando pouco a pouco a ferocidade de sentimentos dos luzitanos, de forma que mais tarde apparecem elles cons-

<sup>1</sup> Sobre o territorio dos lusitanos pode ver-se C. da Rocha, obr. cit., § 2, nota 1; Alexandre Herculano, Historia de Portugal, ed. de 1816, tom. I, ex pag. 47; Mello Freire, Historiae Juris Civilis Lusitani, Cap. I § II, etc. etc.

<sup>2</sup> Vej. Os luzitanos, por F. Martins Sarmiento, Porto, 1880, onde o distincto archeologo impugna a celticidade dos luzitanos, os quaes antes considera como um ramo da volha migração ariana.

<sup>3</sup> C. da Rocha, obr. cit., § 2 e nota, queixa-se n'esta parte da credulidade de fr. Bernardo de Brito que com a descripção heroica d'esses tempos remotos, occupou os primeiros trinta capitulos da sua *Monarchia luzitana*. O mesmo faz Mello Freire, quanto aos escriptores em geral, no § 4.º do capitulo e obr. cit. Vej. ainda A. Herculano, obr. e vol. cit., pag. 11.

<sup>4</sup> Mello Freire, loc. cit., § VI, diz: «*non possumus non confiteri eos (luzitanos) magis ferarum quam hominum esse*»; A. Ennes, Historia de Portugal, 1.º vol. (Empreza litteraria de Lisboa), não duvida chamar-lhes *selvagens*.

tituidos em sociedade; posto que fragmentada em varias tribus <sup>1</sup>. Tinham um regimen governativo que participava da democracia e da monarchia; em tempo de guerra escolhiam um chefe, entre os mais habéis e prestantes, a quem davam o poder supremo e que depois volvia a simples cidadão; no tempo de paz reunia-se o povo em assembléas para deliberar sobre os factos de interesse publico; os homens tractavam principalmente da guerra e dos rebanhos, as mulheres dos assumptos domesticos e commerciaes e os escravos dos trabalhos agricolas. Eram idolatras, dados a agouros e superstições, aos sacrificios (às vezes humanos) <sup>2</sup> e aos jogos e certames á maneira dos gregos e romanos; fortes e destros nos exercicios gymnasticos e no emprego das armas; dotados de certa grandeza d'alma; observadores escrupulosos dos seus juramentos e promessas; abstemios de vinho, e castos a ponto de nem de nome conhecerem o adulterio <sup>3</sup>.

Usavam de castigos severissimos embora para crimes leves, taes como o corte de cabeça e o apedrejamento <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A saber: turdetanos, interamnenses, turdulos, celticos, vetões, barbarios, pesures, transcudanos. Vej. M. Freire, loc. cit., § 3.

<sup>2</sup> Sacrificavam os vencidos a quem costumavam mutilar as mãos, Secco, Revista cit., vol. 4, pag. 451.

<sup>3</sup> Mello Freire, loc. cit., § 8 e 9.

<sup>4</sup> D'estes apedrejamentos e do costume, que reinava n'estes povos, de lançar pedras sobre o cadaver do criminoso, conjectura-se que viria a origem dos *fieis de Deus*, ou montes de pedras levantados nos logares ermos. Vej. Basilio Alberto, obr. cit., pag. 26; Secco, loc. cit.; Elucidario de fr. J. de Santa Rosa de Viterbo, vb. *fieis de Deus*; Levy Jordão, loc. cit., pag. VII, nota. Diz Molina, obr. cit., pag. 214, que entre os judeus havia o mesmo costume e que assim succedera com o cadaver de Absalão, porque elles entendiam que a terra e pedras pezavam muito sobre os corpos dos malvados. D'ahi a expressão: *a terra te seja leve*.

porque o seu direito criminal era orientado pelo principio rigoroso da vingança privada <sup>1</sup>.

13. Roma, levando as suas conquistas a quasi todos os povos do mundo, não podia desprezar os da Europa occidental.

A invasão de Annibal na Italia pelos Pyreneus e Alpes e a circumstancia de elle trazer no seu exercito grande numero de peninsulares deviam, alem do mais, despertar nos romanos o desejo de occuparem as fer-teis e deliciosas regiões da península hispanica.

Assim succedeu. Apesar dos esforços dos luzita-nos, de quem foi chefe o heroico Viriato, Publico Cornelio Scipião pôde reduzir a península a uma provincia de Roma, e, se ainda se travaram n'ella as luctas de Mario e Sylla e se deram as victorias de Sertorio contra Metello e Pompeu no tempo de Octaviano Cesar Augusto, que viera pessoalmente vencer os cantabros e os asturianos, a sujeição da Hespanha a Roma tinha de ser um facto <sup>2</sup>.

A península convertida em territorio romano soffreu varias divisões <sup>3</sup>, e, depois de reduzida a *formula provinciae*, foi regida pelas leis privativas das provin-

<sup>1</sup> Basilio Alberto, obr. cit., pag. 26.

<sup>2</sup> A. Ennes, obr. cit., pag. 8.

<sup>3</sup> Anos depois de reduzida a provincia romana por Scipião, foi a península dividida em *Citerior* e *Ulterior*, comprehendendo-se a Luzitania na ultima. Augusto dividiu a Hespanha em 3 provincias: *Tarraconense*, *Betica* e *Luzitania*; no tempo de Valentiniano foi esta ultima subdividida em *Luzitania* e *Vettonia*. Durante a sujeição romana a Luzitania era governada por magistrados annuaes vindos de Roma. Acerca dos seus nomes e attribuições, vej. C. da Rocha, obr. cit., §§ 10 e 11.

cias romanas, pelas leis expedidas da metropole, e ainda pelo edicto provincial ou do respectivo governador.

Para decidir as demandas (*lites*) havia tres *conventus juridici*, aos quaes Secco chama tribunaes de appellação <sup>1</sup>; um em Merida, outro em Beja e outro em Santarem <sup>2</sup>. Os funcionarios que administravam a justiça criminal eram os logares tenentes imperiaes, os magistrados do municipio ou curia, os defensores, e ainda os dicenarios.

Diz Basilio Alberto que n'esta epoccha a legislação criminal na península não tinha um caracter particular, influenciada como devia ser pelo arbitrio dos imperadores e pelas leis da metropole <sup>3</sup>.

Na verdade assim o faz crer a applicação do *edicto perpetuo* ás provincias romanas por Adriano, e a concessão de direitos eguaes a todos os subditos do imperio por Caracala <sup>4</sup>.

14. Inevitavel era a invasão dos barbaros na Hespanha.

No seculo 5 (§ 5) os vandalos, suevos e alanos ás ordens de Gunderico, Hermenerico e Resplendiano occuparam o solo da península. Os vandalos passaram á Africa. Aos alanos tocou a Luzitania, mas breve se misturaram elles com os suevos, os quaes cahiram sob a dominação dos godos, cujo rei Leovigildo fundou na

<sup>1</sup> Revista cit., vol. 4, pag. 452.

<sup>2</sup> Emeritensis, Pacensis e Scalabitanus. Vej. M. Freire, loc. cit., § XV.

<sup>3</sup> Obr. cit., pag. 27.

<sup>4</sup> Vej. Mello Freire, obr. cit., e II, § XVIII e nota.

Hespanha a monarchia gothica com a capital em Toledo (585).

Sendo, como é, pouco conhecida a organização civil e politica dos suevos<sup>1</sup>, torna-se notavel a epocha barbara pelo apparecimento do codigo wisigothico, cujos elementos vinham das leis de Eurico, do codigo alariciano, das leis promulgadas pelos successores de Leovigildo, tudo isto colleccionado por Sindasuindo e Reesuindo, examinado e revisto no concilio 12 de Toledo, e finalmente publicado, no tempo de Ervigio, no 16 concilio da mesma cidade (693)<sup>2</sup>.

O codigo wisigothico é considerado como o mais perfeito dos codigos barbaros<sup>3</sup>, e o sr. A. Ennes explica essa superioridade pela influencia que na sua confecção teve a classe clerical, que facilmente se alliou com os reis godos<sup>4</sup>; no entanto os seus livros e

<sup>1</sup> C. da Rocha, obr. cit., § 48, e M. Freire, obr. cit., cap. III § XXI.

<sup>2</sup> O codigo wisigothico teve os seguintes nomes: *codex legum, lex wisigothorum, liber legis gothicae, forum judicum, liber iudicis e*, depois de traduzido em hespanhol, *fuero juzgo*.

<sup>3</sup> C. da Rocha, obr. cit., § 31, aprecia severamente o codigo wisigothico, cujas leis criminaes foram dictadas, não para emenda do criminoso ou para utilidade social, mas por um systema de terror e de vingança arbitraria.

Eram estas as idéas de Montesquieu quando escreveu: «*Nous devons au code des Wisigoths toutes les maximes, tous les principes et tous les usages de l'inquisition d'aujourd'hui; et les moines n'ont fait que copier contre les juifs des lois faites autrefois par des évêques*». *L'esprit des lois*, t. 1, 28, cap. 1. Mais benevolmente o considera L. Jordão, obr. cit., pag. VIII, dizendo: «*Já não é o principio da vingança particular que então domina exclusivamente*». Vej. ainda Molina, obr. cit., pag. 274; M. Freire, loc. cit., § XXIII; Dias da Silva, obr. cit., pag. 54; A. Ennes, obr. cit., pag. 15. Acerca da influencia da legislação romana sobre o codigo wisigothico pode ler-se J. de Vilhona, obr. cit., pag. 69.

<sup>4</sup> Obr. cit., pag. 15.

capitulos sobre a legislação criminal encerram penas verdadeiramente barbaras, dictadas pela vingança arbitraria e pela superstição. E assim, admitindo as penas de talião<sup>1</sup>, fustigação, decalvação, mutilação, mão e nariz cortados, arrancamento d'olhos, castração, flagellação, servidão perpetua, confisco e infamia, modificava-as na applicação, segundo a consideração e classe social do delinquente.

Talvez pela influencia do direito romano<sup>2</sup>, admitia o codigo wisigothico a tortura nos maleficios e crimes publicos, e bem assim a entrega do offensor ao offendido ou aos seus parentes para o venderem e até para o matarem; attendia, porém, ás attenuantes, distinguia entre voluntariedade e simples culpa, reconhecia a prescripção em crimes excepcionalissimos, o direito de perdão, o d'asylo, a commutação pelas composições a dinheiro e a accusação de qualquer cidadão na falta dos offendidos. A jurisdicção achava-se repartida por varios funcionarios<sup>3</sup>; a dos *judices* era inferior á dos condes e bispos e acima de todas estava a do imperante<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Quicumque ingenuus ingenuum pertinaciter ausus decalvare... á iudice in se recipiat talionem*. Lib. VI, tit. IV, cap. III, e tit. I, cap. II.

<sup>2</sup> Molina, obr. cit., pag. 224.

<sup>3</sup> *Judex territorii ou loci, dux provinciae, comes civitatis, vicarius comitis, typhadus, pacis assertores, praepositus civitatis, auctor loci, procurator loci, villicus, episcopus, pontifex, sacerdos, princeps*. Vej. Secco, Rev.<sup>a</sup> cit., vol. 4, pag. 530; Rocha, obr. cit., pag. 26.

<sup>4</sup> Secco, Revista cit., pag. 453 e seg., occupa-se da historia do codigo wisigothico e sua divisão geral e aponta, com citação dos respectivos logares, os seus principios e disposições salutarés, bem como os seus defeitos, já com relação á desigualdade das penas, segundo a condição do offensor, já quanto á sua desproporção, barbarida-

15. Em Breve a península foi invadida pelos sarracenos que, estabelecidos na Berberia, entraram em Ceuta, cujas portas a traição de Juliano lbes abriu. O emir d'Africa Abi-Abdrrahman-Muza-ben-Nosair, incita-lo á conquista de Hespanha e fazendo causa commum com Juliano e com os filhos do rei Witiza, des-thronado pelo rei dos godos, Rodrigo, lançou sobre o estreito e sobre a península um exercito commandado por Maghreb-Tarek-ben-Zeyada ou Tarik. Deu-se a batalha do Chryssus, na qual, conta o eminente historiador A. Herculano <sup>1</sup>, se fez pedaços o imperio wisigothico. Os godos então refugiaram-se nas montanhas; alguns escolheram como chefe a Pelagio, filho do duque de Cantabria, e fundaram o reino das Asturias, mais tarde conhecido pelo reino de Oviedo e depois pelo de Leão, a cujo governo pertenceu a Luzitania.

Differentes na indole, raça, costumes e religião, os godos, subjugados á auctoridade do Califa e carregados de tributos, seguiam ainda assim os seus costumes, leis e religião, de fôrma que era o codigo wisigothico que constituia a principal fonte da sua legislação criminal; havia, porém, sobre certos assumptos leis e penalidades especialmente adequadas á usurpação arabe. Assim o christão que desflorasse uma sarracena ou casava com ella ou era morto, e sempre se applicava a morte áquelle que adulterasse com mulher moura.

Os arabes consentiam nas provincias cordes e ma-

do, arbitrariedade, accumulção e uso, enumerando tambem os factos que elle geralmente punia.

<sup>1</sup> Obr. e tom. cit., pag. 50.

gistrados christãos para julgarem segundo as leis d'estes, ratificando depois as sentenças de morte; se porém a questão, quer civil quer criminal, fosse entre arabes ou arabes e christãos eram aquelles os unicos juizes e arbitros <sup>1</sup>.

Comprehende-se bem que os godos independentes continuassem a reger-se pelo codigo wisigothico, accrescendo todavia outras leis e estatutos de concilios que a necessidade das novas condições sociaes tornava indefectiveis. Depois Affonso V de Leão additou ao codigo wisigothico novas leis que no seculo II o concilio de Coyança confirmou e que deram origem ao foral de Leão, typo dos foraes da idade-media, que eram — leis especiaes destinadas a reger um tracto de territorio, concedidas pelos reis ou pelos senhorios donatarios e que continham confuzamente disposições sobre direito civil e criminal e normas de regimen municipal <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. Freire, obr. cit., cap. III § XXXIII; Ferrão, obr. cit., pag. XLVIII, not. 1; Secco, Revista cit. vol. 4, pag. 547; L. Jordão, obr. cit., pag. X. Sobre os relações entre os mouros e as populações christãs, vej. Historia de Portugal, por Pinheiro Chagas, 1 vol. pag. 86.

<sup>2</sup> C. da Rocha, obr. cit., pag. 36, nota 1, referindo-se ás *Memorias* de A. C. do Amaral, diz que as leis pnaes constituem a parte principal do foral de Leão, e que, como todas eram pecuniarias ou commutaveis a dinheiro, por isso ali se regulava com especialidade a cobrança d'estas multas chamadas *calumnias* ou *coimas*. A. Herculano, porem, obr. cit., tom. IV, pag. 380 e seg., sustenta e comprova que era tambem no codigo wisigothico e nos costumes que se encontrava a jurisprudencia sobre repressão e reparação de crimes e que a *calumnia* ou *multa* representava o desagravo social, mas não a expiação nem a reparação do offendido. Vej. Dias da Silva, obr. cit., pag. 62; Secco, Rev. cit., vol. 4., 548; L. Jordão, obr. cit., pag. XII. Sobre o espirito e contheudo dos foraes podo ver-se C. da Rocha, obr. cit., pag. 75. Vej. tambem M. Freire, obr. cit., cap. V, § XXXIX; Ferrão, Repertorio commentado sobre foraes

16. O seculo 12 assistiu ao nascimento da nacionalidade portugueza. Affonso VI de Leão, a cujo reino pertencia a Galliza, querendo talvez premiar os serviços que alguns nobres francezes prestaram á monarchia leoneza na guerra contra os sarracenos, concedeu a um d'elles, Henrique <sup>1</sup>, a mão de sua filha natural, Tareja, e ao mesmo tempo lhe deu o governo do territorio portugualense.

D'este consorcio nasceu Affonso Henriques, destinado a realisar o pensamento ambicioso que lóra a constante aspiração de seu pae—a independencia com a realza.

As continuas guerras, já com os leonezes já com os mouros, que teve de sustentar a nascente monarchia, não consentiam que os primeiros reis se dedicassem á indispensavel reforma da legislação criminal, adequando-a ao novo estado de cousas; de modo que esta continhou a ser a dos foraes, código wisigothico, decretaes e ainda a dos usos e costumes ou foros não escriptos <sup>2</sup>.

e doações regias. Lisboa, 1848, vb. *Foraes*; Fernandes Thomaz, Observações sobre o discurso em favor dos direitos dominicaes da coroa... Coimbra, 1814, pag. 7.; Santos Jardim, Principios de finanças, Coimbra, 1880, § 261 e seg.; A. Herculano, obr. cit., tom. 4, pag. 37, 50, 58, e tom. 3, pag. 408; M. C. Pereira Coutinho, artigo publicado na cit. Rev. <sup>a</sup>, vol. 2, n.º 94 e seg. Em alguns foraes havia penas como estas: decalvação, sepultura de homem vivo, lapidação, exterminio para fóra da villa ou cidade e prisão á porta da rua. Vej. F. Freire de Meilo, Discurso sobre delictos e penas, etc. Lisboa, 1882, pag. 19. O foral concedido pelo conde D. Henrique á cidade de Guimarães (Vimaranes) encontra-se transcripto no Real Archivo da Torre do Tombo, maço, 12; em Ferrão, Repertório cit., vol. 2, pag. 175, e nos Apontamentos para a historia de Guimarães, do P.º A. J. Ferreira Caldas, vol. I, pag. 44.

<sup>1</sup> Sobre a ascendencia de D. Henrique vej. A. Herculano, obr. cit., vol. I, pag. 197.

<sup>2</sup> É curiosa e completa a impugnação que C. da Rocha, obr.

A lei da revindicta e dos encoutos <sup>1</sup>, regulada por D. Affonso II <sup>2</sup> e que prescrevia aos nobres e homens bons, sob pena de degradação, o dever de vingarem as injurias, serve de argumento a alguns escriptores para affirmarem que o principio da vingança particular resurgira por esta epocha, e para concluirerem que no direito penal dos primeiros tempos da monarchia portugueza havia um mixto de elemento germanico-romano e romano-wisigothico, as penas afflictivas e as pecuniarias, a *vindicta* e o *verhgeld* <sup>3</sup>.

17. Em 1211 no reinado de D. Affonso II reuniram-se as cortes de Coimbra, onde se promulgaram leis geraes <sup>4</sup>, que procuraram entre outras cousas cohibir as vinganças particulares <sup>5</sup>, estabelecer juizes, im-

cit., pag. 45, nota 1, faz á existencia das chamadas cõrtes de Lamego. Na excellente e já copiosa bibliotheca da Sociedade Martins Sarmento, d'esta cidade, onde consultamos a maior parte dos auctores citados, existe um manuscrito do seculo passado, offerecido pelo dr. José da Cunha Sampaio, no qual se accumulam argumentos em pró da authenticidade de tam discutida assembléa.

<sup>1</sup> Vem na Ordenação affonsina l. 5., tit. 53. Vej. Freire de Meilo, obr. cit., pag. 27.

<sup>2</sup> Basilio Alberto, obr. cit., pag. 29.

<sup>3</sup> O *verhgeld* era a reparação por meio de composição a dinheiro. Vej. J. de Vilhena, obr. cit., pag. 83; Basilio Alberto, obr. cit., pag. 16; Dias da Silva, obr. cit., pag. 48; Ortolan, *Eléments cit.*, tom. 1.<sup>or</sup>, pag. 33 e Bertauld, obr. cit., pag. 39. O offensor que não offerecesse o *verhgeld* era declarado fora da lei (*wargus*), mas, offerecido elle, o offendido e familia deviam acceital-o e perdiam o direito á vingança. O poder, como intervinha na execução das leis do *verhgeld*, tinha direito a uma parte d'este a titulo de indemnisação; essa parte era o *fredum*. Lefort, obr. cit., pag. 26.

<sup>4</sup> Pode ver-se em M. Freire, obr. cit., cap. VI, § XLIV, o resumo das principaes.

<sup>5</sup> «*Quod injuria, damnum non vi et ex propria auctoritate sed*

pedir as desenfreadas aquisições e poderio dos ecclesiasticos e mosteiros, etc. Posteriormente a legislação criminal aperfeçoou-se, mas quasi insensivelmente.

No tempo de D. Sancho II houve a concessão de alguns foraes. O seu successor D. Affonso III fez leis geraes em assembléas de nobres em que se puniram varios crimes<sup>1</sup>; maior impulso, porem, deu D. Diniz á legislação criminal, porque estatuiu leis ordenando se não tomasse juramento ao criminoso, providenciando acerca do homicida e do mandante, do seductor de virgens e viúvas, do marido que surprehende a mulher em adulterio, dos malfeitos, dos perjuros, etc.<sup>2</sup>.

18. Foi n'este tempo que mais se alastrou na Europa a influencia da Igreja, e esta theocracia, devida aos esforços do grande Gregorio VII (Hildebrando)<sup>3</sup>,

*publica vindicaretur*». Ainda sobre o principio da vingança particular e como obstaculo a ella cita Basilio Alberto as *cartas de seguro e asylos* estabelecidos no tempo de D. Pedro I. Vej. Secco, Rev.<sup>a</sup> cit., vol. 4, pag. 530; L. Jordão, obr. cit., pag. XIII, nota 1; J. de Vilhena, obr. cit., pag. 92; Freire de Mello, obr. cit., pag. 29.

<sup>1</sup> Mencionados por M. Freire, obr. cit., cap. VI § XLVIII.

<sup>2</sup> D. Diniz mandou cortar a lingua e queimar os blasphemos, e cortar o dedo pollegar áquelle que arrancasse arma na corte ou uma legua em redor. D. João I aboliu esta ultima pena, e aquella substituiu-a D. Affonso V pelo açoitamento, durante o qual se mettia pela lingua do blasphemo uma agulha albardeira. Freire de Mello, obr. cit., pag. 75.

<sup>3</sup> Guizot, obr. cit., tom. I, pag. 224, allude assim a este pontífice: «Estamos costumados a encarar Gregorio VII, como um homem que procurou immobilisar tudo, como um adversario do desenvolvimento intellectual, do progresso social, como um homem que quiz crystallisar o mundo n'um systema estacionario ou retro-grado. Não ha nada mais inexacto: Gregorio VII era um reformador pela arma do despotismo como o foram Carlos Magno e Pedro o Grande. Foi para assim dizer na ordem ecclesiastica o mesmo

reflectiu-se em Portugal, onde os prelados se arrogavam immuniidades extraordinarias e onde suscitaram discórdias que provocaram a parcialissima intervenção da Santa Sé<sup>1</sup>.

Se a Igreja ou melhor o papado pretendia subordinar-se o mundo civil, naturalissimo era que o direito canonico constituísse grande parte da legislação dos povos catholicos. Assim aconteceu principalmente depois da publicação, no seculo 12, do decreto de Graciano, e mais tarde das decretaes de Gregorio IX, do livro VI de Bonifacio VIII e d'ontros livros canonicos; o que tudo no tempo de D. Diniz chegou a ensinar-se publicamente com o direito civil<sup>2</sup>.

Egual sorte teve n'este tempo o direito romano pela propagação da jurisprudencia justinianêa devida á escola de Bolonha, fundada por Irnerio e aos trabalhos dos glossadores Asão, Accursio, Bartholo e Baldo, e, antes d'elles, de Bulgaro, Martin, Jacob e Ugo<sup>3</sup>; de modo que no reinado de D. Diniz se estabeleceram

«que na ordem civil foram Carlos Magno em França e Pedro o Grande na Russia. Quiz reformar a igreja e por meio d'esta a sociedade civil, dando-lhe mais moralidade, mais justiça, mais ordem. Quiz fazel-o por intervenção e em proveito da Santa Sé».

<sup>1</sup> O mais turbulento dos prelados portuguezes foi Estevão Soares, arcebispo de Braga. Vej. A. Eanes, obr. cit., pag. 176, e C. da Rocha, obr. cit. pag. 91.

<sup>2</sup> Já as cortes de Coimbra em 1211 haviam decretado: «Que semper as leis sejam e es Degtedos dos Apostoligos de tal guiza que se comprão estes degredos e os que contra a Santa Igreja veerem feitos não nos ajão por lei». Pode ver-se esta citação em M. Freire, loc. cit., § LXIII, nota. Sobre estas collecções de direito canonico pode consultar-se Schenk, Instituições de direito ecclesiastico, obra traduzida, Coimbra, 1877, ex pag. 113.

<sup>3</sup> Lagrange, Manual de droit romain, Paris, 1869, pag. 80 e 81; Ortolan, obr. cit., tom. 2, pag. 27 e 28.

ra Universidade professores, os quaes explicavam aquelle direito com toda a publicidade<sup>1</sup>.

Secco refere n'esta primeira epocha da monarchia portugueza o emprego de penas barbaras, morte cruel precedida do corte de mãos, arrastamento das victimas ao logar do supplicio, apedrejamento, mutilação, açoutes, marca, infamia do reu e parentes, roussada<sup>2</sup>, penas pecuniarias, etc., e nota, alem da barbaridade das penas, a sua arbitrariedade, desigualdade, falta de garantias na defesa e contra a perseguição injusta publica ou particular, e o supplicio da tortura<sup>3</sup>.

Não póde negar-se que a influencia do direito canonico, uma das fontes historicas da legislação criminal, foi benefica. Basta ver que elle combatia as penas corporaes, principalmente as de sangue, posto relaxasse os criminosos ao braço secular<sup>4</sup> e decretasse em alguns delictos a pena de morte<sup>5</sup>, e que pelo direito d'asylo intervinha contra os supplicios da pena capital, fazendo moderar o castigo.

Parece porem, attenta a existencia d'aquellas penas, que a intolerancia crescia na razão directá da aproximação do absolutismo; e talvez por este motivo<sup>6</sup> e para evitar a variedade e complexidade da legislação foraleira, os povos no tempo de D. João I pediram a

<sup>1</sup> M. Freire, loc. cit., § LXII, nota; C. da Rocha, obr. cit., pag. 78.

<sup>2</sup> Pena de casar contra vontade com a mulher forçada.

<sup>3</sup> Revista cit., vol. 4, pag. 550, onde tambem se podem ver quaes as provas então admittidas em direito criminal.

<sup>4</sup> Vej. B. Carneiro, Elementos de direito eccl. portuguez, Coimbra, 1882, pag. 433; e Borges Carneiro, Direito civil de Portugal, Lisboa 1836, t. I, tit. VI.

<sup>5</sup> Vej. Extravagantes communes, liv. 5, tit. I a VI.

<sup>6</sup> Basilio Alberto, obr. cit. pag. 23.

promulgação d'um codigo, o qual, sendo com effeito principiado no tempo d'este rei<sup>1</sup> que para isso por vezes convocou cortes, foi concluido no tempo de D. Affonso V com o nome de *Ordenações affonsinas*.

Este codigo revela na parte criminal a grande influencia do direito canonico e do romano, aliás naturalissima dadas as circumstancias supra-apontadas, e ainda, se bem que em menor quantidade, a da legislação feudal<sup>2</sup>. A reiterada applicação das penas mais severas, a sua desproporcionalidade aos delictos, o principio da intimidação exaggerada, a confusão do crime com o peccado e o privilegio na condição social do delinquento eram os seus principaes vicios<sup>3</sup>.

A posterior compilação de leis, conhecida pelo nome de *Ordenações manuelinas*<sup>4</sup>, orçando por identico systema e divisão, continuou a ser influenciada pelos mesmos principios de philosophia penal. O seu livro 5, contendo em 113 titulos a legislação criminal, é, como todos os outros, uma revisão mais accurada do respectivo livro das ordenações anteriores<sup>5</sup>.

19. A reforma dos foraes, effectuada por D. Manuel, foi acontecimento de somenos importancia para

<sup>1</sup> C. da Rocha, obr. cit., pag. 117.

<sup>2</sup> O direito canonico influu na penalidade sobre heresia, blasphemia, feiticaria, barregãs de clerigos e outras manebias e sobre a promiscuidade carnal de monges e christãos com mouros e judeus. Ord. affons. liv. 5, tit. 1, § 3, tit. 19 e 121, 20, 21 e 23, 42, 49. Vej. ainda sobre as leis confeccionadas nas Ord. affons. e sua structura, Rocha, obr. cit., pag. 118.

<sup>3</sup> Vej. Rocha, obr. cit., pag. 125.

<sup>4</sup> C. da Rocha, ibid., pag. 127.

<sup>5</sup> C. da Rocha, ibid., pag. 128.

a legislação<sup>1</sup>; mas o estabelecimento no reinado de D. João III do odioso tribunal da Inquisição, que na plenitude do seu terrível poder se apresentára rodeada de instrumentos de martyrio sobre um throno de cadaveres, diz A. Herculano<sup>2</sup>, concorreu para que a pena tomasse uma feição sanguinaria, especialmente quanto aos crimes contra a crença e actos religiosos<sup>3</sup>.

No tempo da dominação dos Philippes<sup>4</sup> realisou-se a reforma das *Ordenações manuelinas* com a publicação d'um outro código que se ficou chamando *Ordenações philippinas*, o qual, se não fosse a inserção de leis posteriores áquellas ordenações, entre as quaes as colleccionadas por Duarte Nunes de Leão<sup>5</sup> e a nova ordem de processo criminal no título 124 do livro 5, nada accrescentaria á materia do código manuelino<sup>6</sup>. Mas o livro 5, que contém a legislação criminal, é influenciado pelo mesmo espirito; a pena é barbara ainda e desproporcional, tendo vestígios da vingança particular<sup>7</sup>; ha a confusão entre crime e pec-

1 C. da Rocha, obr. cit., pag. 431.

2 Historia da origem e estabelecimento da Inquisição em Portugal, Lisboa, MDCCCLXIV, tom. III, pag. 399.

3 A Inquisição não estava subordinada ao rei que apenas a protegia. A sua jurisdicção era qualquer crime contra a religião; os seus processos o segredo, a denuncia e a tortura; as suas penas as penitencias, as temporaes, o confisco, e, para a de morte, havia a relaxação ao braço secular. Vej. A. Herculano, obr. cit., vol. 3, pag. 378 e seg.; C. da Rocha, obr. cit., pag. 449 e seg.; D. Joaquim F. Pacheco, Estudos de derecho penal, Madrid, 1834, ex pag. 461.

4 C. da Rocha, obr. cit., pag. 488.

5 Desde a Ord. manuel, até o anno de 1569.

6 Vej. no entanto as alterações notadas por C. da Rocha, obr. cit., ex pag. 488.

7 Nos seguintes pontos: liv. 1, tit. 3 § 5 e tit. 38; liv. 3 tit. 89 § 1; liv. 4, tit. 23 § 3, tit. 37 § 1 e tit. 76 § 3.

eado; admitte-se a pena de infâmia aos descendentes e a ominosa distincção entre fidalgo e peão.

Depois da restauração, posto se conhecesse a necessidade de pôr de parte as *Ordenações philippinas*, o que alem do mais agradava ao orgulho nacional<sup>1</sup>, revalidou-se esse código, pelo alvará de 29 de janeiro de 1643, na esperança de se proceder a nova reforma e compilação<sup>2</sup>.

20. Esboçaram-se já as causas (§ 10) que no seculo 18 elevaram a sciencia do direito. Aos esboços da philosophia correspondem os governos; as velhas instituições penaes, combatidas por aquella, são pouco a pouco substituidas por outras, mais consentaneas com as ideias de egualdade e fraternidade pregadas pela revolução.

Portugal, attingido por esta nova orientação philosophico-social, pensára em reformar a sua legislação<sup>3</sup>; mas as complicações que surgiram no seio da junta encarregada d'essa tarefa por D. Maria I obstaram a que os trabalhos de revisão fossem fructíferos, e a que se convertesse em lei o projecto d'um código criminal do preclaro jurisconsulto Paschoal José de Mello Freire<sup>4</sup>.

1 No alvará confirmatorio das Ordenações philippinas dizia-se: «em quanto as circumstancias da guerra não permittiam cuidar de uma nova recopilação».

2 A lei de 6 de dezembro de 1612 § 20, o assento de 30 d'abril de 1613 e o alvará de 31 de março de 1742 § 8 ainda consentem as penas de marca e polé.

3 Creou para isso uma junta o decreto de 31 de março de 1778, transcripto em Freire de Mello, obr. cit., pag. 95.

4 Basilio Alberto, obr. cit., pag. 30. Vej. as curiosas noticias que sobre este assumpto fornece o citado Freire de Mello, pag. 98, sobrinho de Paschoal José de Mello Freire.

D'esta fôrma, alem de algumas modificações na pena de morte que se mandou applicar somente aos crimes atrocissimos<sup>1</sup> e do reconhecimento legal do desuso da tortura<sup>2</sup>, nada mais se adiantou até á revolução liberal dos principios d'este seculo.

Um codigo penal, inspirado nos trabalhos de Beccaria e outros criminalistas de grande vulto, expurgado dos defeitos do rigorosissimo livro 5 das *Ordenações philippinas* e baseado em principios de verdadeira justiça e utilidade social, era o desejo dos benemeritos revolucionarios de 1820<sup>3</sup>.

Annunciaram-se recompensas para o auctor do melhor projecto de codigo criminal, elaborado em harmonia com os principios estabelecidos na constituição politica da monarchia<sup>4</sup>; mas a contra revolução impediu o resultado que se esperava.

A carta constitucional de 29 d'abril de 1826 secundou as ideias da anterior constituição politica<sup>5</sup>; e varias disposições legislativas surgem depois sobre a reforma do direito penal<sup>6</sup> até á constituição de 20 de

<sup>1</sup> Decreto de 12 de dezembro de 1801.

<sup>2</sup> Lei de 5 de março de 1790.

<sup>3</sup> Assim o exprimiram elles na constituição politica de 23 de setembro de 1822, art.ºs 9, 10 e 11; e já antes a ordem das côrtes de 23 de novembro de 1821 determinára a revisão do codigo criminal e respectivo processo.

<sup>4</sup> Bentham offereceu ás côrtes constituintes de 1821 um projecto de codigo penal.

<sup>5</sup> Art.º 145 § 16, 17, 18, 19 e 20.

<sup>6</sup> Taes foram: o decreto de 18 d'agosto de 1832, creando uma comissão para a confecção d'um codigo criminal; a lei de 25 d'abril de 1835, annunciando o premio de 8:000\$000 reis ao auctor d'um projecto de codigo criminal e de processo respectivo; a portaria de 29 de novembro de 1836, incumbindo ao dr. José Manoel da Veiga o exame do projecto do codigo penal que este offerecera em 1833; a portaria de 19 de dezembro de 1836 e o decreto de 4 de ja-

março de 1838, que estabeleceu identicos principios de jurisprudencia criminal<sup>1</sup>.

21. As tentativas de reforma não pararam. Em 1845<sup>2</sup> nomeia-se uma comissão para a redacção dos codigos civil e criminal, e esta, aproveitando os elementos fornecidos pelo Acto adicional da monarchia de 5 de julho de 1852,<sup>3</sup> apresentou o seu projecto de codigo penal em 30 de setembro de 1852, que foi approvedo pelo decreto dietatorial de 10 de dezembro do mesmo anno e confirmado pela lei de 1 de junho de 1853.

Successivas providencias se tomaram para alterar, emendar e substituir aquillo que o codigo penal e o seu processo tinham de menos perfeito<sup>4</sup>, e não foi isso

neiro de 1837, aquella nomeando uma comissão de auxilio ao dr. Veiga, este dando voto favoravel ao seu projecto.

<sup>1</sup> Art.º 20 § unico, 21 e 22.

<sup>2</sup> Decreto de 10 de dezembro.

<sup>3</sup> No art.º 16 abole a pena de morte nos crimes politicos.

<sup>4</sup> Os decretos de 6 de junho de 1853 e de 30 de dezembro de 1857 nomearam uma comissão, de que foi relator o notavel criminalista Levy Jordão, para rever o codigo penal, e essa comissão apresentou um importantissimo trabalho, comprehendendo—relatorio e projecto de codigo—que correm impressos em separado, Lisboa, 1861. Vej. ainda a lei de 1 de junho de 1853, decreto de 3 de fevereiro de 1858, portarias de 18 de dezembro de 1861, de 23 de outubro de 1865, de 21 d'agosto de 1869, decretos de 13 e 20 de janeiro de 1870 etc., etc. Na sessão da camara dos snrs. deputados de 14 de maio de 1870 o eminente estadista, conselheiro José Luciano, apresentou um projecto de reforma do codigo penal e outro de processo criminal, e na sessão da mesma camara de 6 de maio de 1871, Sá Vargas fez o mesmo quanto ao codigo penal, mas nenhuma d'ellas teve seguimento. Tambem em 1883 o conselheiro J. de Vilhena apresentou na camara electiva um projecto de lei para abolição da prisão cellular perpetua, que soffreu igual sorte.

sem razão, porque o código penal de 1852 é alcunhado de conter varias imperfeições, provenientes talvez de ser obra não de um mas de alguns jurisconsultos e da sua precipitada promulgação<sup>1</sup>.

Accusando differenças radicalissimas no seu confronto com o livro 5 das *Ordenações philippinas*, já no tocante ás theorias que o dominam e á natureza e extensão das penas que estatuiu, já quanto á classificação dos crimes que apresentou, o código penal foi ainda assim considerado por Levy Jordão<sup>2</sup>, como o mais imperfeito da Europa<sup>3</sup>.

Diz este insigne criminalista: «A nossa lei penal por certo que é melhor do que a antiga ordenação, quanto aos princípios que a dominam, mas na sua parte geral é sem duvida a mais imperfeita da Europa civilizada».

O código penal de 1852 applicava em varios casos a pena de morte, que ficára em vigor para os crimes civis; *mas esta questão continuava a agitar as assembleas legislativas e a opinião publica em todas as nações, onde ainda não estava consignado o principio da invio-*

Secco, cit. Rev.<sup>a</sup>, vol. 4, pag. 381 e 391, refere-se succintamente a varios diplomas, que n'este seculo tenderam a modificar a legislação do processo criminal desde o decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832 até ao de 25 de janeiro de 1870, que submetten ao exame d'uma comissão o projecto do código de processo criminal elaborado e apresentado pelo conselheiro Navarro de Paiva, e enumera outros sobre legislação penal militar do continente e ilhas adjacentes, da armada, da marinha mercante e das provincias ultramarinas. Vej. ainda o decreto de 10 de dezembro de 1852, lei de 18 d'agosto de 1853, lei de 18 de julho de 1853, etc.

<sup>1</sup> Ferrão, obr. cit., pag. LXI.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 2.

<sup>3</sup> Vej. o relatório da proposta da nova reforma penal de 1881 apresentado pelo conselheiro Lopo Vaz, Lisboa, 1881, pag. 20.

tabilidade humana<sup>1</sup>, e por isso, quanto a elles, veio a lei de 1 de julho de 1867 extinguir semelhante pena<sup>2</sup>.

Esta lei, estatuinto o systema penitenciario e creando prisões adequadas<sup>3</sup>, aboliu algumas penas, como a de morte nos crimes communs, segundo já se referiu<sup>4</sup>, a de trabalhos publicos, a de prisão maior perpetua, e deu regras para a applicação das penas, que substituíram as extinctas, e das outras que ainda respeitou.

Sentia-se, porem, a necessidade d'uma ulterior reforma mais completa do que aquellas modificações singulares que poderia propor a comissão permanente, creada pelos decretos de 13 e 20 de janeiro de 1870<sup>5</sup>; e porisso o decreto de 8 de outubro de 1874, dissolvendo esta comissão<sup>6</sup>, creou outra para formular um projecto de reforma da lei penal em harmonia com a lei de 1 de julho de 1867.

Um membro d'esta comissão, conselheiro Lopo Vaz, quando ministro da justiça em 1884, apresentou

<sup>1</sup> Relatório do decreto de 9 de julho de 1870, que aboliu esta pena nos domínios do ultramar.

<sup>2</sup> As penas mais graves do código penal de 1852 eram: a morte nos casos dos art.ºs 141, 143 § unico, 162 § 1, 163 e § 2, 163, 171, 331, 356 e 433, a de trabalhos publicos, a de prisão maior com trabalho ou simples, a de degredo, etc.

<sup>3</sup> Titulo VI a XIII. Ultimamente o snr. conselheiro Beirão, actual ministro da justiça, pediu mais duas penitenciarias contraes, alem das fixadas na lei de 1 de julho de 1867. Vej. o projecto de lei n.º 138 apresentado ás côrtes no anno passado.

<sup>4</sup> Hoje só existe a pena de morte nos crimes militares, cod. de 9 d'abril de 1875, art. 9.

<sup>5</sup> Fara estudar e apreciar os relatorios dos magistrados judiciaes e do ministerio publico ou quaesquer documentos attinentes á reforma da lei e processo criminal.

<sup>6</sup> O decreto declara que: «a comissão se desempenhou com louvavel intelligencia e dedicacão», apesar de não apresentar trabalhos alguns...

uma proposta de reforma da lei penal, que foi approvada pela lei de 14 de junho do mesmo anno <sup>1</sup>.

Nesta reforma teve-se em vista, por se achar em geral excessiva a penalidade, a diminuição d'ella, a abolição da pena de prisão cellular perpetua, a substituição das penas perpetuas pelas fixas, a redução do maximo das penas maiores temporarias, a eliminação da pena de trabalhos publicos temporarios, a fixação do maximo da pena correccional, a aggravacão e attenuação das penas, applicação d'ellas nos casos de accumulacão, successão e reincidencia, effeitos e extincção das penas, etc., etc. <sup>2</sup>

O snr. Navarro de Paiva <sup>3</sup>, depois de dizer que a nova reforma penal fôra inspirada por principios generosos e modelada pelos progressos da jurisprudencia penal e determinadamente pela lenidade dos nossos costumes e estado de civilisacão do paiz, escreve: «é innegavel que ella, se não pó le dizer-se a ultima palavra sobre a sciencia do direito penal, como modestamente declarou o seu auctor, constitue um notavel progresso, um sensivel melhoramento, um empreendimento de muito alcance que ha de exercer decidida influencia no nosso regimen penal».

O governo, usando da auctorisacão concedida pelo art.º 5 da lei de 14 de junho de 1884, nomeou uma commissão composta de 3 membros para fundirem n'uma só collecção as disposições vigentes do codigo penal de 1852 e reformas posteriores com as da no-

<sup>1</sup> Vej. Diario da C. dos S. Deputados, sessão de 4 d'abril e Diario da C. dos D. Pares do reino, sessão de 9 de maio de 1831.

<sup>2</sup> Vej. relatorio da proposta da nova reforma penal.

<sup>3</sup> Revista dos Tribunaes, 3 vol., pag. 49.

va reforma penal, a fim de constituir essa collecção um codigo penal official <sup>1</sup>.

Este codigo foi com effeito decretado em 16 de setembro de 1886 e publicado no «Diario do Governo» de 20 do mesmo mez e anno; e, sendo elle apenas uma compilação, deve, encarado nas disposições especiaes, possuir os defeitos e as virtules das leis compiladas <sup>2</sup>.

Não cabe na indole d'esta primeira parte—um simples esboço das phases historicas da penalidade—nem sobretudo na nossa diminuitissima competencia e experiencia, a critica do systema e dos principios adoptados no codigo penal vigente. Tem imperfeições; mas, baseado na theoria de que a pena, embora a do-

<sup>1</sup> Por um lapso notavel da commissão na refundição das penas o codigo penal em vigor não contem as penas applicaveis aos casos de tentativa, cumplicidade e crime frustrado, a que correspondem outras penas que não as dos art.ºs 53 e 57 n.º 1 a 6 (maiores). Vej. a este respeito a cit. Revista dos tribunaes, 5 vol., pag. 305; porem o Direito, 19 vol., pag. 416, sustenta (posto se contradiga no 20 vol. pag. 335) que não ha tal omissão, e n'este sentido decidiu já a Relação de Lisboa no seu accordão de 27 de julho de 1888, transcripto na Revista dos tribunaes, 7 vol., pag. 83.

<sup>2</sup> Na nova reforma penal deixaram-se defeitos que facilmente podiam ter sido remediados. Entre outros podem apontar-se—o emprego da mesma pena no crime de envenenamento, quer consumado quer simples tentativa ou delicto frustrado, sem attenção ao mal material (art. 333 § unico); a applicação da pena de desterro, aliás restrictissimamente empregada, aos casos que menos a exigem, v. gr. o de ferimento da animal domestico alheio! (art. 372, 403 e 480); a generalisacão da acção publica a todos os crimes de offensa corporal (art. 359), que, atulhando de processos crimes e sem proveito os tribunaes, fomenta a denuncia, obsta ao generoso principio do esquecimento e perdão da injuria leve, e impede a conciliação entre offensor e offendido, provocando a reconvenção, o perjurio e a desharmonia ou o odio reciproco das familias e dos vizinhos.

Apenas estes tres specimons de cruza, desproporcionalidade e de imprudencia!

mêne um caracter expiatorio, não é a expressão da vingança e antes e sobretudo um remedio social e um meio de regeneração individual, protegendo a tranquillidade e a actividade de cada um e de todos, fixando a noção de facto malefico e exigindo a sua previa incriminação, estatuinto castigos que ninguem dirá desproporcionados ou barbaros, attendendo na applicação d'elles á situação e compatibilidades do delinquente e ás condições da humanidade, possui qualidades que o incluem na cathegoria d'aquelles que honram a civilisação e exalçam o paiz e a epocha a que pertencem.

## SEGUNDA PARTE

DIREITO DE PUNIR

## SEGUNDA PARTE

### Direito de punir

*Prétendre découvrir le fondement du droit de punir autre part que dans le principe absolu du droit est chose insoutenable. Le véritable système ne peut s'empêcher d'être absolu, parce que absolu et universel, voilà tout le droit dans son principe, dans sa fin et dans ses effets.*

LEVY JORDÃO.

## CAPITULO UNICO

### SUMMARIO

22. Relações entre a penalidade e o direito social de punir.—  
23. Diversidade de theorias acerca do fundamento d'este direito; theoria da vingança e suas modificações.—24. Theorias do contracto social.—25. Theoria utilitaria de Bentham.—26. Theorias da reparação, da defeza ou conservação social e da intimidacão ou constrangimento moral.—27. Theoria da justiça absoluta.—28. Theoria correcionalista.—29. Theoria de Gall; principios da escola penal positiva.—30. Applicação da doutrina determinista.—31. O direito de punir em face da suggestão hypnotica.—32. Adopção da theoria ecclectica de Ortolan.—33. Rejeição das modificações que lhe faz Bertauld.

22. Antes de nos occuparmos da instituição prisional, e por conseguinte da pena de prisão e das prisões, convem ventilar a gravissima e ainda hoje inso-

luta questão do verdadeiro fundamento do direito social de punir—a mais momentosa talvez de toda a philosophia penal.

Esboçados os periodos historicos da penalidade e demonstrado que a sociedade sempre puniu, era natural inquirir-se sobre a legitimidade do seu procedimento.

Alem d'isso o fim da pena, que explica o progresso do regimen prisional, especialmente o nascimento e a evolução do systema penitenciario, é a seu turno explicado pelo conceito que em todos os tempos o poder social formou do direito de castigar; porque é incontroverso que as successivas modificações d'aquelle conceito influiram no espirito e intuito das legislações criminaes, e por tanto na proporcionalidade, intensidade e caracter, isto é, na natureza da pena, e na sorte dos delinquentes.

Investiguemos, pois, o legitimo fundamento do direito de punir.

23. Muitas são as theorias <sup>1</sup> que tem pretendido encontrar-o, e essa diversidade nasce, em grande parte, da confusão da questão com a da natureza e fim da pena, que é outra.

Os criminalistas apresentam como uma d'essas theorias a da vingança <sup>2</sup>, fundada no instinto natural, n'um sentimento innato ao homem que a sociedade se

<sup>1</sup> Ha trez especies de theorias: *absolutas*, baseadas no principio da expiação; *relativas* ou *utilitarias*, fundadas no da utilidade social; e *mixtas*, derivadas da combinação d'aquelles dous principios.

<sup>2</sup> De Homero em Lord Kaimos, Bruchner, etc.

encarrega de dirigir contra o delinquente e de regularisar por meio de formulas legitimas <sup>1</sup>.

Tem-se combatido esta origem do direito de punir por ser baseada na paixão, incerta, illimitada, não visar á correccão do delinquente e arrastar a consequencias perigosas. Petit de LaTour <sup>2</sup> chama á vingança um crime e diz que a conservação d'uma nação não póde repouzar sobre uma base immoral, e A. Franck <sup>3</sup> chega mesmo a expungir a vingança de entre os fundamentos d'aquelle direito, escrevendo: «A vingança é uma fórma do odio; a punição é uma fórma da justiça. Aquelle que se vinga não indaga de si proprio se tem ou não razão, se faz bem ou se faz mal; entrega-se á inclinação que o arrebatá; á força cega que o domina, até que o rancor se satisfaça. . . Nero vingou-se de Seneca porque elle hesitára em servir-lhe de cumplice».

Derivada d'esta appareceu a theoria da vingança publica <sup>4</sup>, seguida por aquelles que, reconhecendo ser a base da primeira puramente sensualista, queriam que a pena, porque era applicada publicamente e applicava a vingança individual, se considerasse legitima.

Ortolan <sup>5</sup> a critica em duas palavras: se aquella theoria, entendendo que aquillo que é originario e ins-

<sup>1</sup> E' o systema mais antigo sobre o direito de punir; pertence á antiguidade e á idade media. Vej. Trébutien, Cours élémentaire de droit criminal, Paris, 1854, tom. 1.<sup>er</sup>, pag. 18.

<sup>2</sup> Abolition de la peine de mort, Paris, 1869, pag. 277.

<sup>3</sup> Obr. cit., pag. 17.

<sup>4</sup> Basilio Alberto, obr. cit., pag. 39. A theoria da vingança *épurée et ennoblée*, como outros lhe chamam, foi apresentada por Lüdén.

<sup>5</sup> Obr. cit., tom 1.<sup>er</sup>, pag. 81. O mesmo diz Lefort, obr. cit., pag. 20.

unctivo é justo, confunde o direito com o facto histórico, também esta, pensando que é justo tudo quanto produz um effeito util, confunde o resultado com o mesmo direito.

24. Hobbes admittia um estado anterior ao social em que todos os homens, tendo eguaes direitos a tudo, viviam n'um estado de guerra, *bellum omnium contra omnes*; mais tarde, porém, a constante renovação das necessidades sociaes fez reconhecer o principio de associação e os homens convencionaram confiar os seus direitos á sociedade, cedendo elles proprios uma porção da respectiva liberdade individual <sup>1</sup>.

São estas as idéas de Rousseau <sup>2</sup>, com a differença de que aquelle estado anterior era mais de innocencia, senão de bestialidade <sup>3</sup>.

D'aquí a theoria do pacto ou contracto social, que é falsa, porque suppõe a vontade creadora do direito quando deve ser regulada por elle, porque imagina uma situação anterior puramente chimerica, porque os direitos não podem ser creados ou destruidos illimitadamente por mero effeito de convenção humana, e, finalmente, porque a sociabilidade a que a humanidade chegou foi a consequencia da lei fatal do desenvolvimento dos seres <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A doutrina do pacto social tem variantes adoptadas por Montesquieu, Locke, Puffendorf, Beccaria, Filangieri, Brissot, Watel, Burlamaqui, Pastoret, Fichte, etc.

<sup>2</sup> Du contrat social ou Principes de droit politique (biblioth. nationale) 1878, pag. 16 e 27.

<sup>3</sup> Franck, ob. cit., pag. 33.

<sup>4</sup> A doutrina do contracto social também se chama systema da

25. Jeremias Bentham, a quem chamam o archipatriarcha do individualismo, estribou a sua theoria na utilidade do maior numero, e, segundo ella, o direito de punir reside na utilidade social sem outra preocupação além do perigo resultante do crime <sup>1</sup>; porém esta base é inadmissivel, porque, supprimindo a noção do justo e do injusto, confunde o fim com a legitimidade da pena, o interesse com a justiça e desconhece a distincção entre bem e mal moral, ou pelo menos subordina a immoralidade do delicto ao interesse d'uma maioria.

A. Franck, <sup>2</sup> mostrando com objecções eloquentes que o direito de punir não pôde derivar do interesse publico, chama á theoria utilitaria a mais perigosa e a mais falsa.

Com effeito é visivel que os mais monstruosos castigos podem encontrar n'ella justificação.

Deverá castigar-se o supposto delinquente, porque a multidão illudida pôde julgar que o crime fica impune, e semelhante persuasão seria um perigo para os interesses sociaes!

26. Outra theoria, a da reparação <sup>3</sup>, sustenta que

defeza directa, derivando d'uma concessão, quer do offensor quer do offendido; o direito de punir é o resultado e a somma das delegações individuaes confiadas ao poder social. Seguiram-n'a Mably, Voltaire, Blakstone, Richard Philipps. Vej. Trébutien, tom. cit., pag. 20; Levy Jordão, Cours de droit pénal, Lisbonne, 1858, pag. 20.

<sup>1</sup> Vej. Basilio Alberto, obr. cit., pag. 43; Lefort, obr. cit., pag. 21.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 23.

<sup>3</sup> De Klein, Schneider e Welcher. Levy Jordão, Cours cit., pag. 41, segue a theoria de que o fundamento do direito de punir é a

a sociedade pôde impor penas áquelle que lesou o individuo, e consequentemente a collectividade de que este é um membro, e obrigar-o assim a satisfazer á lesão social; mas tambem não é ella muito defensavel, já porque ha prejuizos sociaes que não derivam directa e immediatamente do delinquente—taes como o alarme publico e o mau exemplo—, já porque d'esta fórma a reparação importaria por vezes injustiça e se confundiria, demais d'isso, com a punição<sup>1</sup>.

Se no homem deve respeitar-se o instincto de conservação e a vida a que elle tem direito, a sociedade, um aggregado de homens, pôde invocar eguaes prerogativas, defendendo-se contra os aggressores e prevenindo os delictos futuros, isto é, punindo. Este é o fundamento da theoria da conservação ou defeza social, que diverge da anterior em esta encarar a pena como reparação do damno feito á sociedade pelo criminoso<sup>2</sup>.

O direito de legitima defeza, com quanto respeitavel, não pôde arvorar-se em principio de justiça criminal. Não ha paridade entre a defeza individual e a social. Aquella limita-se a um factó actual, a um aggressor presente, esta refere-se a um factó passado, a um aggressor preterito. Antes da consummação do delicto havia defeza, diz Ortolan<sup>3</sup>, depois só pôde haver vingança ou justiça.

natureza e o fim racional do Estado, a qual nos parece ser um mixto d'esta e da correcionalista.

<sup>1</sup> Lefort, obr. cit., pag. 20. Ortolan, obr. cit., tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 82.

<sup>2</sup> De Loeke, Romagnosi, Schulze, Martin, Carmignani e modernamente Rauter e Charles Lucas.

Obr. cit., tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 83.

Tal doutrina é, no fundo, utilitaria<sup>1</sup>.

As difficuldades que surgem contra esta theoria respondem aos seus sectarios que a sociedade se garante pela intimidacão ou pelo constrangimento moral ou coacção psychologica<sup>2</sup>. Aquelles que por ventura intentem um crime saberão que a sociedade não deixará de castigal-os, e, para que este receio seja propicio, é indispensavel que a ameaça se realize e que por tanto a pena seja inflingida. Baseia-se no preceito de Seneca: *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccatur*<sup>3</sup>. Todavia, alem da defeza consistir na força contra a força e não na ameaça, o principio da intimidacão atacaria a justiça distribuitiva, fazendo estatuir penas desproporcionadas á gravidade do delicto, quando ellas hajam de estar na razão directa não da natureza do crime mas na da sua maior ou menor seducção.

Um crime attrahente, embora relativamente leve, seria severamente punido, em quanto que não o seria tanto um crime mais grave. O cavalheiro de industria talvez fosse mais castigado que o salteador de estrada ou mesmo que o parricida!

27. A theoria da justiça absoluta ou da remuneração<sup>4</sup> quer que a sociedade, abstrahindo de todo a

<sup>1</sup> Vej. Trébutien, tom. cit., pag. 23.

<sup>2</sup> A testa do systema de repressão puramente psychologica, adoptada por alguns criminalistas allemães, está Feuerbach.

<sup>3</sup> Estas theorias tambem se chamam preventivas. Vej. Haus, Cours de droit criminel, Gand, 1861, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 13.

<sup>4</sup> De Kant, Leibnitz, Selden e Hencke. Kant, Principes metaphisiques du droit, 2.<sup>a</sup> part, sec. 1.<sup>a</sup>, § 49, cit. por Franck, obr. cit., pag. 110, diz que a pena juridica, isto é, o castigo imposto pela lei

utilidade e de todo a necessidade, castigue em mera satisfação á justiça. O mal merece o mal assim como o bem merece o bem, o castigo é uma expiação, a justiça humana uma delegação parcial da divina.

José de Maistre, strenuo sectario d'esta theoria e para quem o cadafalso é um altar levantado na praça publica<sup>1</sup>, admittia a intervenção de Deus não por meio das faculdades concedidas ao homem, como a intelligencia, a consciencia, a liberdade, mas por uma acção directa—o governo temporal da Providencia<sup>2</sup>.

Este systema mystico é d'um rigor absoluto. Segundo elle a justiça não póde enganar-se, a lei deve ser sempre severa, as doenças, as guerras e as catastrophes são expedientes da vingança divina.

Não attende á reforma do delinquente nem á natureza do homem ou ás condições sociaes; attaca a liberdade humana, porque o castigo immediato e forçado terá de applicar-se não só as violações sociaes como tambem ás moraes; todos os males da humanidade devem constituir penas; a expiação é uma virtude reparadora; enfim «la chair et le sang sont coupables et le ciel est irrité contre la chair et le sang!»

D'este systema sahiam modificações.

Uns queriam limitar a acção da justiça aos casos de violação dos direitos individuaes e sociaes, outros simplesmente á prostergação do interesse social<sup>3</sup>; mas

a um crime ou delicto, não póde ser infringido como simples meio de procurar outro bem, embora para proveito do culpado ou da sociedade, mas sim pela mera razão de se haver feito o mal.

<sup>1</sup> Levy Jordão, Cours cit., pag. 41.

<sup>2</sup> Silva Cordeiro, Ensaio de philosophia da historia, Coimbra, 1882, I, pag. 58 e seg.

<sup>3</sup> Variantes de Rossi, Cousin, Guizot, Broglie. Estes escriptores

estas modificações são de difficil conciliação, porque, embora na idéa de justiça penal entre como elemento essencial a lei moral, pois que não pode permittir-se o acto mau nem condemnar-se o bom, é custosissimo encontrar a relação entre a justiça moral e a penal, visto haver actos que offendendo aquella são indifferentes a esta, cuja esphera é mais restricta.

28. A theoria correccionalista<sup>1</sup> justifica o direito de punição pelo fim educativo, imprescindivel, da pena. Corrigir, emendar, moralisar o delinquente deve ser a aspiração da justiça criminal, e para isso o ensino religioso, escholar e profissional são os meios apropriados.

Esta theoria, posto que de intuitos intensamente altruistas, alem dos defeitos, já apontados, das doutrinas fundadas unicamente na utilidade, aqui individual, tem o erro do exclusivismo e lucta na pratica com a impossibilidade de regenerar certos individuos, que talvez nunca cheguem á comprehensão do bem e do dever.

Alem d'isso, proclamando que a pena não deve ser invariavel, mas alterada segundo a sua influencia e re-

e ainda Rémusat e Boitard constituem a eschola eclectica, segundo a qual o direito de punir deriva da combinação da justiça moral com a utilidade social. Roussel assentou aquelle direito na legitimidade da sociedade e no de reprimir certos actos com o fim de a proteger, o que não basta, já por não se considerar o caracter do acto, já porque o interesse social não póde ser o unico elemento justificante do castigo. Vej. Lefort, obr. cit., pag. 21.

<sup>1</sup> O chefe d'esta escola foi Roeder, professor da Universidade de Heidelberg.

sultados no animo do criminoso, destrua a idéa de proporcionalidade do castigo ao delicto e pode justificar a applicação de penas as mais severas a crimes os menos atrozes.

29. Não é dos ultimos tempos a doutrina de que o criminoso—uma variedade do *genus homo*—é um ser impellido ao crime pelas anomalias da sua organização antropologica.

No começo d'este seculo appareceu uma theoria<sup>1</sup>, fundada no principio das localisações cerebraes, a sustentar que as faculdades humanas estão respectivamente circumscripitas a determinadas porções do cerebro, e que ha n estes varios logares de certas formas e dimensões onde cada faculdade tem sua séle; de modo que a porção *a*) do cerebro é um órgão correspondente á consciencia, a porção *b*) é outro que corresponde á vontade, e assim por diante<sup>2</sup>.

Esses órgãos, que podem chamar-se *bossas*, são de homem para homem diversos no estado, volume e forma; e d'esta diversidade resulta tambem a differenciação de faculdades, instintos, sentimentos, etc.

Se este estado organico é independente do poder do homem e a actividade das suas faculdades ha de subordinar-se ao órgão ou *bossa* respectivamente predominante, se as circunvoluções da massa encephalica, séde das nossas tendencias, são a suprema razão do

<sup>1</sup> De Gall.

<sup>2</sup> Conta Franek que Spurzheim, sectario das doutrinas de Gall, chegou a elaborar uma carta craneoscopica com as confrontações dos órgãos do cerebro e portanto das faculdades humanas.

procedimento humano, claro é que, segundo esta theoria *phrenologica*, aliás combatida por muitos<sup>1</sup>, as acções criminosas são inevitaveis e o delinquente é rigorosamente um inconsciente, um irresponsavel, uma machina.

A moderna escola penal positiva<sup>2</sup>, dando nova orientação aos estudos criminaes e considerando o delicto como um phenomeno social regido por leis identicas ás que governam o mundo physico<sup>3</sup>, preparou-se mais ou menos nas idéas de Gall, que Robinet<sup>4</sup> enfileira, a par de Humme, Leroy, Ch. Bonnet, Cabanis, Broussais e Georget, entre os precursores de Augusto Comte na systematisação cerebral ou classificação positiva das funções interiores do cerebro.

Mas as bases d'aquella escola são um pouco diversas, como veremos.

Ultimamente e antes das modernissimas afirmações scientificas em assumptos de criminologia tinha-se investido e tentado destruir o direito social de punir, porque as investigações psychologico-cerebraes e as conclusões da estatistica iam demonstran lo a persistencia e a periodicidade do crime, cuja onda no dizer do sr. Asevedo Castello Branco<sup>5</sup> vinha rolando e avolumando ameaçadora, impetuosa e terrivel.

<sup>1</sup> Bardach, Maller, Floarens e Lelut, o ultimo dos quaes escreveu: *Rejet de l'organologie phrénologique de Gall et de ses successeurs, e la Physiologie de la pensée.*

<sup>2</sup> Em que sobresahem Despine, Maudsley, Lombroso, Garofalo, Lacassagne, Ferri, Tarde, Marro, V. Rossi, Paglia, Fioretti, etc., etc.

<sup>3</sup> Sr. A. Asevedo Castello Branco, *Estudos Penitenciarios e criminaes*, Lisboa, 1888, pag. 114.

<sup>4</sup> *Philosophie positive*, (bibliot. util.) Paris, pag. 107, nota 1.<sup>a</sup>.

<sup>5</sup> *Obr. cit.* (discurso parlamentar), pag. 191.

Quételet tanto se preocupou com a reprodução dos crimes, mesmo d'aquelles que parecia mais deverem escapar á previsão humana, que chegou a avançar que havia um como organismo criminal, ao qual se obedeceia com espantosa regularidade<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Physique Sociale*, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 95, cit. nas preleções de direito criminal do dr. Antonio Candido ao curso do 3.<sup>o</sup> anno jurídico de 1882 a 1883, lição 21.<sup>a</sup>.

Os estatísticos tem chegado a seguir, mez por mez, a marcha da criminalidade. Eis o seu *calendario perpetuo criminologico*: As infracções predominantes são: em janeiro, os furtos sobretudo os saerilegos e a moeda falsa; em fevereiro, a suppressão de parto e o infanticidio; em março, a supposição e suppressão de parto, o infanticidio e a violação; em abril, a supposição e suppressão de parto, o rapto e o descaminho de menores, as ameaças por escripto e condicionaes; em maio, a vadiagem, a mendicidade, o estupro, o attentado ao pudor, o envenenamento; em junho, os estupros e attentados ao pudor, os abortos e o parricidio; em julho, os estupros em creanças, os attentados ao pudor, o rapto e o descaminho de menores, os ferimentos nos ascendentes; em agosto, o incendio nos edificios deshabitados, moinhos e granjas, o falso testemunho, o suborno e os estupros nas creanças; em setembro, a supposição e a suppressão de parto, a concussão e a corrupção, o incendio de edificios, moinhos e granjas, furtos e abusos de confiança; em outubro, o assassinio, o parricidio, os roubos nas estradas, a supposição e suppressão de parto, a concussão e a corrupção; em novembro, o assassinio, o parricidio, os roubos nas estradas, falso testemunho, suborno, falsificação em assumptos de recitamento e documentos authenticos; em dezembro, os roubos nas estradas, os assassinios e o parricidio. Vej. Lefort, obr. cit., pag. 53.

Não negamos, em principio, o poder das estatísticas, pois que ellas nos dão conhecimento mais ou menos approximado das diversas causas e condições de certos e determinados crimes; achamos porem inconveniente e mesmo ridiculo que o apuro estatístico vá até a determinação de todos os crimes, sem o reparo de que muitos d'olles são devidos a motivos occasionaes, meramente fortuitos e a organizações especialissimas. Que razões haverá para suppor que as offensas aos ascendentes são privativas do mez de julho, e que as falsificações de documentos authenticos predominam em novembro?

O defeito está todo em sujeitar ao fatalismo das leis physicas os factos sociaes, tam diversos pela natureza dos entes que os realisam e das leis complexas que os regulam.

Fundado na estatística, que foi o primeiro a applicar á sociologia, Quételet como que via no progresso da delictuosidade uma constancia igual á dos phenomenos naturaes, e entendia que a modificação da criminalidade e o melhoramento da condição humana só podiam resultar da modificação do meio e da transformação de certas condições de funcionamento social.

Émile de Girardin<sup>1</sup>, influenciando-se talvez na phrase de Guizot—*la nécessité des peines dépend de leur efficacité*—ou nas idéas de Quételet<sup>2</sup>, combateu o direito de punir por inutil, sustentando que esse direito não pode justificar-se nem continuar a exercer-se sem se provar, que, se elle cessasse d'existir, a sociedade deixaria de subsistir tornando-se impossivel; e, continua elle, não basta affirmar-o, é preciso demonstrar-o, porque não ha um progresso que não seja um desmentido dado a uma affirmação, e não tenha começado por ser tratado desdenhosamente pelo erro soberbo que, sendo apenas impostura, se intitula verdade<sup>3</sup>.

Esta lucta contra a esterilidade da pena, o estudo

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 335; Petit de Latour, obr. cit., refuta-o porem n'este ponto.

<sup>2</sup> Artigo publicado na Rev.<sup>a</sup> do Fóro Portuguez, 1.<sup>o</sup> anno, pag. 161.

<sup>3</sup> Para chegar a esta conclusão Girardin afirma que, por mais que procure, não encontra a utilidade do direito de punir; que os annos judicarios estão repletos de crimes e de delictos imaginarios, como a feiticaria, herezia, etc., de que somente são culpados a credulidade e a intolerancia; que um dos factores do progresso penal é a lenidade dos castigos, condição de impunidade. Invocando Montesquieu, clama que é necessario ter em vista a reforma dos costumes, attingivel, não pela brandura das penas, mas pela sua suppressão final mediante successiva eliminação; e, transitoriamente, isto é, até ao dia da abolição definitiva da pena corporal e de todas as que

da embryologia do delicto<sup>1</sup>, e a applicação da anthropologia e sociologia ao direito criminal cavaram um abysmo entre a antiga escola juridica, classica, doutrinaria ou espiritualista, firmada ainda em concepções metaphisicas, e a moderna escola penal positiva, baseada na observação de phenomenos physio-psychicos e de condições exteriores physicas ou sociaes.

As passo que a primeira põe como esteio da sua theoria o livre arbitrio ou a liberdade moral do agente, porque lhe parece que este, conhecendo pela intelligencia o que é justo ou injusto, favoravel ou nocivo ao individuo e á humanidade, pode inclinar a sua vontade, por um movimento psychico inicial, á execução d'um acto sem obedecer ao impulso de motivos em contrario, a segunda escola, baseada em dados de psychologia experimental, adopta os principios deterministas, entendendo que toda a acção boa, má ou indifferente, é um effeito necessario, uma manifestação da vontade sob a pressão de motivos, os quaes, por causas preexistentes, prevalecem sobre outros<sup>2</sup>.

não forem a publicidade penal e a multa proporcional á fortuna, quer que não haja mais do que um crime—o homicidio—e mais do que uma pena—a morte.

Wyrouboff e Minsloff, em artigos publicados na Revue de Philosophie positive, cit. nas Preleções do dr. Antonio Candido, também affirmam a inutilidade das penas, querendo a correção do delinquente pela supressão dos factores sociaes da criminalidade. Minsloff aponta quatro causas de crimes: miseria material (pobreza), miseria intellectual (ignorancia), alcoolismo e prostituição; e Wyrouboff aconselha previamente a organização de estatísticas mais perfectas do que as de Quételet, para d'ellas se deluzir uma rigorosa demonstração da incapacidade das penas, como elemento de moralisação social.

<sup>1</sup> Tarde, obr. cit., pag. 193.

<sup>2</sup> Garofalo, La criminologia, Paris, 1893, pag. 280.

Os criminalistas positivistas estudaram no *homo criminis* os seus caracteres anatomicos, pathologicos e psychologicos e concluíram que se ha delinquentes natos ou instinctivos, degenerados organicos ou assimilados por atavismo ao homem prehistorico, *deshumanisados* enfim na phrase de Ribot<sup>1</sup>, outras especies ha de criminosos, a saber: criminosos por impeto de paixão social, criminosos de occasião ou fortuitos e criminosos alienados<sup>2</sup>.

São estes os individuos anti-sociaes.

Os delinquentes natos, nos quaes se podem comprehender os alienados que por anomalias organicas tendem para o crime<sup>3</sup>, é necessario eliminá-los do meio social, porque a sua inclinação congenita para o delicto, muitas vezes pro lucto da hereditariedade bio-

<sup>1</sup> Lombroso, L'Uomo delinquente, Turin, 1878, sustenta a theso de que o criminoso typico tem affinidade com o selvagem primitivo. Vej. Garofalo e Tarde, obras cit., pag. 100 e pag. 36.

<sup>2</sup> Esta é a classificação de Ferri, semelhante ás de Lombroso e Marro apresentadas ao congresso de anthropologia criminal de Roma em 1885. Vej. A. Azevedo Castello Branco, obr. cit., pag. 117. O illustre alienista dr. Senna, n'um discurso parlamentar proferido na Camara dos Paros em sessão de 7 de maio de 1888, apresentou também uma classificação: criminosos natos, criminosos por defeito de edacação, e criminosos de occasião; descreve o primeiro typo, compara-o, subordina-o ao systema penal da lei de 1 de julho de 1867 para asseverar que o legislador, considerando o criminoso como um doente, errou na therapeutica que applicou. Conclue que o criminoso nato, especie de antropoide, é refractario á educação moral e incapaz de respeitar a sociedade, e que a instrução e educação que receber o apurarão na profissão criminosa, augmentando assim os crimes anonymos. Este discurso foi excellentemente apreciado por Virgilio Rossi, criminalista italiano, no Archivo di Psychiatria, Scienze penale et antropologia criminali, segundo noticia do jornal «o Commercio Portuguez», de 22 d'agosto de 1888.

<sup>3</sup> Sobre as theorias a que tem dado lugar a irresponsabilidade dos alienados, vej. Paulier et Hétel, Traité élémentaire de médecine légale Paris, 1831, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 96.

logica—*sugestão-atávica* como lhe chama Tarde—e a ausência do senso moral não deixam que a pena os corrija ou amedronte <sup>1</sup>.

A eliminação d'estes degenerados, seres socialmente inassimiláveis, quando não é effectuada mediante a selecção natural por falta de necessarias condições de resistencia <sup>2</sup>, deve realisar-se por outros meios, pois que elles são um encargo e um perigo para a sociedade <sup>3</sup> e demais d'isso a sua suppressão, como de

<sup>1</sup> Segundo a escola moderna uma das características do crime é a offensa de algum dos sentimentos, cujo *ensemble* constitue o senso moral. A origem d'este tem sido diversamente assignalada. Para Darwin, *L'origine de l'homme*, cap. 3, cit. por Garofalo, obr. cit., pag. 7, é a *sympathia* instinctiva pelo semelhante; para Herbert Spencer, *Les bases de la morale évolutionniste*, Paris, 1885, cap. 7, pag. 88 a 113, onde elle trata da conducta sob o ponto de vista psychologico e se refere a *genése* e evolução da consciencia moral, é o raciocinio transformado em instinto: é para Maudsley, *Le crime et la folie*, Paris, 1889, pag. 59 e seg., é tambem um instinto que pela hereditariedade provio dos sentimentos de interesse geral e da reprovação habitual ligada a todo o acto nocivo á associação (familia primitiva). Vej. tambem Garofalo, obr. cit., ex pag. 5.

<sup>2</sup> A. Asevedo Castello Branco, obr. cit. pag. 166.

<sup>3</sup> «É um principio de biologia que o individuo desaparece logo que as suas imperfeições o não deixam supportar a acção do meio ambiente. A differença entre a ordem biologica e a ordem moral está em que a selecção, no primeiro caso, dá-se espontaneamente pela morte dos individuos sem aptidão, ao passo que no segundo caso, a respeito do individuo apto physicamente para a vida mas que não pode viver nem adaptar-se ao meio ambiente, a selecção deve realisar-se artificialmente, isto é, pelo poder social, a quem é licito operar como a natureza opera na ordem biologica»—«O individuo é uma molecula da sociedade, tem necessidade e por tanto direito de viver socialmente; mas, como a conservação do organismo social prefere á do organismo individual, este, no caso de collisão, é sacrificado». É assim que Garofalo responde á critica de Aramburo, *La nueva ciencia penal*, Madrid, 1887, que lhe havia notado estabelecer-se por aquella doutrina a razão do mais forte, a prevalencia do numero. Sobre a selecção natural, suas causas e consequencias, vej. *Le darwinisme*, por E. Ferrière (biblioth. ntil.), Paris, ex pag. 21.

elementos improprios á vida social, trará, pela diminuição de individuos com inclinações perigosas, o melhoramento da raça <sup>1</sup>.

Os criminosos por paixão e os de occasião (que podem tornar-se habituaes), caracterizados pela debilidade ou anesthesia do senso moral, são impellidos ao crime por causas externas.

«Na *dynamica* da criminalidade, diz A. Asevedo Castello Branco <sup>2</sup>, exercem o seu influxo causas inherentes ao organismo do delinquente, e causas externas, sendo umas determinantes, outras apenas predisponentes. As externas comprehendem o clima, a influencia metereologica, o regimen alimenticio, a organização politica e economica, a instituição da familia, as crenças religiosas, a opinião publica, a educação moral, os defeitos da legislação, a falta de policia, quanto emfim fórma o ambiente physico e social.

«As causas internas são ingenuas ou adquiridas e dependem do sexo, da idade, do temperamento, das molestias que affectam o eixo cerebro-espinal, da hereditariedade morbida que resulta da alienação mental, da epilepsia, do estado nevropathico geral, do alcoolismo chronico, da precocidade ou da idade precoce dos paes ao tempo da procreação, das lesões traumaticas e finalmente dos vicios contrahidos ou ingenuos que se revelam por caracteres atavicos ou degenerativos».

<sup>1</sup> D'aqui, segundo a escola penal positiva, a justificação da pena de morte, á qual Lombroso attribue a depuração da raça humana. *L'incremento del delitto in Italia*, Turin, 1879, pag. 30, cit. por Garofalo, obr. cit., pag. 269.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 117, citando Marro, *Actas do Congresso de antropologia criminal de Roma*.

Conhecendo o contingente que o mephitismo do ambiente social dá á progressão do crime, os positivistas, que pregam como therapeutica apropriada a eliminação dos delinquentes ou a adaptação da pena á cura, aconselham uma prophylaxia indirecta—o emprego de esforços attinentes á suppressão das influencias productoras do estado pathologico da sociedade. O legislador deveria, aconselha Ferri<sup>1</sup>, na ordem legislativa, economica, politica, civil, administrativa e penal, desde as maiores até ás mais insignificantes instituições, esforçar-se sempre por dar ao organismo social uma harmonia tal que a actividade humana podesse dirigir-se constantemente para um caminho contrario ao do crime; e isto dando expansão ás energias individuaes, impedindo-as o menos possivel e diminuindo as tentações e as occasiões de praticar delictos<sup>2</sup>.

A escola penal moderna, atacando os dous principios em que se baseia a escola antagonista—a responsabilidade moral e a proporcionalidade da pena ao delicto—aos quaes chama *postulados impossiveis*, apresenta como fundamento do direito de punir a defeza social, querendo para alguns criminosos a segregação perpetua ou temporaria<sup>3</sup>, e para outros a applicação

<sup>1</sup> Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Bolonha, 1881, pag. 376. Vej. Asevedo Castello Branco, obr. cit., pag. 51, sobre o tratamento moral palliativo e curativo de Despine.

<sup>2</sup> E' a theoria dos *sostitutivi penali* (substitutivos ou equivalentes da pena), que Tarde entende se chamariam melhor *substitutivos do crime*.

<sup>3</sup> Assim, quanto aos criminosos instinctivos, apresenta a pena de morte como melhor meio de eliminacão, e reprova a idéa de reclusão perpetua por desnecessaria e onerosa. Garofalo, obr. cit., cap. 4, faz a indicação de differentes meios repressivos da criminalidade. e Mandley, obr. cit., ex pag. 231, dos preservativos da loucura. Vej.

de penas adequadas áquella defeza e medidas pelo perigo social.

Os positivistas, no intuito aliás louvabilissimo de propellir a sciencia e beneficiar a humanidade, proseguem ardentemente na sua propaganda; presentem todavia que a doutrina metaphysica, ligada, dizem elles, aos mais vulgares preconceitos philosophicos<sup>1</sup>, não será tam cedo desthronada.

Legrand du Saule, Études médico-légales sur les épileptiques, Paris, 1877, cit. por Paulier et Hétot, obr. cit., pag. 101, quanto á sequestração dos alienados, a qual elle não quer e com justiça se confunda com a encarceração.

<sup>1</sup> Observa Garofalo, obr. cit., pag. 217, que a penalidade, mesmo entre os povos mais civilizados, é ainda a expressão da vingança social. Odeia-se o criminoso, e este sentimento é natural, porque apenas os sabios e especialistas, que os estudam, conhecem as anomalias organicas que explicam os seus crimes.

Entre nós por occasião do julgamento do alferes Marinho da Cruz, considerado pelo tribunal militar como epileptico larvado e apenas mandado internar em um asylo ou hospital, a imprensa, echo da voz publica, debaten acremonte a questão da irresponsabilidade d'aquella especie de criminosos. Fez-se a comparação d'esse com outros delinquentes de inferior posição social, apregoaram-se as funestas consequencias d'aquelle veredictum, chegou-se mesmo a avançar que a intervenção da sciencia alienista nos julgamentos era um *quæ-apens* á boa fé do jury. A decisão foi annullada pelo tribunal superior e o réo, julgado pela segunda vez, condemnado em prisão celular ou degredo.

Este facto será a confirmação d'aquella opinião do criminalista italiano, ou a consciencia publica reivindicou uma verdade e radeou uma crença de que queriam privar-a?

Apellemos para o futuro da sciencia. O congresso que tem de reunir-se em S. Petersburgo em 1890 talvez se proponha discutir importantissimos problemas de biologia e antropologia criminal.

Tambem entre as theses de direito criminal que figuram no programma do Congresso Juridico, que tem de reunir-se em Lisboa em 22 d'abril do corrente anno, sobresahe uma de notavel valor: «em que sentido é urgente reformar os codigos penaes na parte relativa ás condições da responsabilidade criminal do agente do facto ineriminado e aos effeitos das circumstancias dirimentes, para que a doutrina da lei fique d'accordo com as affirmações da psychologia coa

Se é justificada esta desconfiança não somos nós, desprovidos de conhecimentos especiaes, quem o poderá decidir.

Registramos apenas estes esforços attinentes á sincera solução de importantissimos problemas sociaes, e oxalá que o progresso da criminologia possa em breve orientar o espirito humano na verdadeira e legitima noção do crime e da natureza do delinquente.

Parece-nos, entretanto, que a dogma em tal assumpto é sempre uma utopia e o exclusivismo um erro.

30. A doutrina philosophica determinista declara não negar á sociedade o direito de punir.

Houve uma escola de philosophia, denominada *fatalista*<sup>1</sup>, segundo a qual todos os acontecimentos, ainda os mais insignificantes, estavam subordinados a uma vontade soberana de que eram effeitos. Essa vontade era a unica regra das acções humanas e a sua influencia inevitavel.

Contraria a esta, existiu a do *livre arbitrio* ou da *liberdade*<sup>2</sup>, sustentando que o homem opera segundo

temporanea, da anthropologia criminal e da pathologia alienista, e satisfaca ás necessidades da possivel segurança contra o crime? E' a these 19.<sup>a</sup> do programma.

1 O paganismo era fatalista. A parca Atropos significava o poder inflexivel do destino. Partidarios da mesma doutrina eram os philosophos ante-socraticos, Pindaro, Democrito, Heraclito, Empedocles, Thales, Anaxagoras, Xenophonte, Zenão e os stoicos, e mais modernamente Helvecio, La Mettrie, Jacques—o fatalista—, Diderot, etc. Vej. Alfred Fouillée, *La liberté et le déterminisme*, Paris, 1884, pag. 19 e seg.

2 Ao *fatum* (destino) do stoicismo succede a providencia metaphysica, não uma força cega mas razoavel e boa, immutavel na sua essencia e nos seus decretos. Já Epicteto se afastou um pouco

a vontade propria e com a consciencia de que podia, querendo, proceder em sentido diverso, isto é, podia escolher entre duas acções contrarias sem ser determinado por alguma necessidade.

Surgiu depois outro systema, a que chamam *determinismo* ou *necessitarismo*<sup>1</sup>, o qual ensina que as acções humanas são resultado mediato ou immediato de uma ou muitas causas ou motivos, que não deixam tornar possiveis acções em contrario.

Georges Rénard<sup>2</sup>, explica assim a differença entre fatalismo e determinismo: «Segundo o fatalista, tudo está regulado de antemão, uma vontade soberana fixou os factos ainda os menores e o homem não pode alteral-os, tem de submeter-se ou resignar-se:

da schola stoica, concedendo ao homem um certo poder sobre os seus pensamentos. Alexandre de Aphrodisias foi um dos mais antigos e strenuos sectarios do livre arbitrio. O christianismo defendeu-o, e, posto propugnasse a necessidade da graça, ensinou que o homem podia resistir-lhe. A conciliação d'estas duas idéas originou momentosas questões theo-philosophicas, a saber—influencia da graça na liberdade, presciencia divina e predestinação em face do livre arbitrio—das quaes se occuparam os padres da Igreja, especialmente Santo Agostinho nas suas obras, *De civitati Dei*, *De praedest. sanct.*, *De lib. arb.*, S. Jeronimo, e ainda o notavel philosopho Erasmo de Rotterdam.

A scholastica foi tambem partidaria do livre arbitrio, e no seculo 18 aceitaram-no Voltaire, Lignac, Bossuet, Rousseau e Kant, que admittia a coexistencia da liberdade com a necessidade, desenvolvendo a formula *operari sequitur esse* pelo caracter *empirico e intelligente*, isto é, o phenomeno e a propria essencia da cousa. Vej. Schopenhauer, *Le foment de la morale*, Paris, 1888, pag. 82.

1 Pôde dizer-se que foi Wiceliff, philosopho inglez, quem iniciou a theoria determinista, seguida por Luther, que escreveu um livro, *Do servo arbitrio*, Calvino, Jansenio e ainda Spinoza, Malebranche, Leibnitz, Spencer e os positivistas.

2 *L'homme est-il libre?* Paris (biblioth. utile), pag. 13. Vej. um artigo do sr. Barão de Paço Vieira (Alfredo) na R. do Fôro Portuguez, 1. v., pag. 177 e 184; e Schopenhauer, *Essai sur le libre arbitre*, Paris, 1888, pag. 9.

estava escripto. Pega fogo em uma casa, o fatalista, se é consequente, cruza os braços e deixa arder. Para que tentar apagal-o<sup>1</sup>? Se está escripto que a casa se salvará, inutil é a fadiga, se está escripto o contrario, mais inutil é a in la. Para o determinista as cousas correm de outra maneira. Tal facto moral ou physico foi produzido por tal causa, supprime-se esta que o facto desaparecerá. A minha casa vae ser consumida pelo fogo, chamem-se os bombeiros, deitem-se no incendio torrentes d'agua que a casa ha de salvar-se».

Os deterministas não negam á sociedade o direito de castigar o delinquente e estão longe de pedir a eliminação dos codigos penaes.

Admittindo que o homem opera por motivos e ligando toda a importancia á intencionalidade criminosa, distinguem entre as causas ou circumstancias que o determinam e chamam a umas internas e a outras externas. No homicidio involuntario, por exemplo, as causas do crime são externas, não estavam no espirito do agente, que não quiz o mal e antes foi victima do erro, não deve elle por isso ser sequestrado do meio social, mas quando muito obrigado a uma indemnisação de prejuizo.

Na hypothese d'um homicidio voluntario, porem, as causas determinantes são internas, porque havia uma intelligencia falsamente motivada a pensar no crime, e a razão, sob o dominio da paixão a consentir na pratica d'elle. Por isso o criminoso, o homicida, incorreu em responsabilidade. . . Mas de que especie?

*Moral* não, porque esse assassinio voluntario é já o

<sup>1</sup> Vej. A. Fouillée, obr. cit., pag. 20.

producto de mil causas que no seu passado ou no de seus paes concorreram para a degeneração das suas faculdades—factores autropológicos do crime, segundo a expressão de Ferri—; *legal* sim, visto que elle, sendo effeito, tornou-se depois uma causa que é necessario eliminar, porque a sociedade deve ter o direito de extirpar os elementos corruptores.

Os deterministas, pois, pretendem que o homem é sempre determinado em quaesquer actos da sua vida, ordinarios e extraordinarios, por um impulso irresistivel que domina todos os outros impulsos, *quidquid fit necessario fit*.

Para elles não ha impulsos resistiveis, ou, se os ha, são aquelles que outros mais poderosos subjugam.

E se tudo está assim determinado, tudo é necessario, não ha effeito sem uma causa preexistente, não ha excepções ao principio da causalidade universal<sup>1</sup>.

Quanto ás acções criminosas entendem o mesmo. Os motivos ou condições da determinação humana ou provêm da degeneração individual—hereditariedade, atavismo, temperamento, habito physiologico, etc.—ou da degeneração social—insufficiencia de civilisação, iniquidade economica, alcoolismo, prostituição, etc.—ou ainda de condições meramente physicas—alimentação, clima etc. (§ 29), as quaes todas, ou só de per si ou combinadas, dominam as manifestações da actividade do homem.

<sup>1</sup> Houve porem quem dissesse: O necessario não póde ser o primitivo. . . só o livre offerece este caracter. O principio das causas não pode ser uma necessidade de qualquer especie, mas uma liberdade, porque só esta é infinita e absoluta. Vej. nota 1 a pag. 69 da obr. cit. de Schopenhauer.

Os indeterministas, os partidarios do livre arbitrio, notam que o determinismo moderno não se affasta, quanto ás suas conclusões, das precedentes escolas e doutrinas congeneres.

«Ou se admitta com o fatalismo oriental que todo o acontecimento é obra arbitraria d'um poder soberano dirigente, ou se sustente com Spinoza que os factos dependem necessariamente dos decretos necessarios de Deus, ou se queira com Leibnitz que as acções humanas derivam da constituição original que o creador deu ao homem, ou enfim se pretenda com os sensualistas do seculo 17 e 18 e com os sabios contemporaneos que nenhum ser póle no mundo escapar ao determinismo universal e que as acções são resultados infalliveis das paixões e dos desejos, a conclusão é sempre a mesma: no universo nada é senhor de si proprio, nada é livre, tudo o que aconteceu devia acontecer»<sup>1</sup>.

Mas, consignando esta observação, negam os indeterministas aquelles conclusões, criticando e repellindo por seu turno a idéa de necessidade universal ou o determinismo absoluto dos seus antagonistas.

E parece que com razão.

Para elles a lei de causalidade, que os deterministas apresentam como encadeando necessariamente os seres uns aos outros e todos os acontecimentos do mundo, não exclue antes concilia, em certos actos humanos, a escolha ou deliberação individual, phenomeno puramente subjectivo, isento d'aquelle encadeamento pela força autonómica da vontade esclarecida pela intelligencia e regulada por principios d'ordem imate-

<sup>1</sup> G. Fonsegrive, Essai sur le libre arbitre, Paris, 1887, pag. 321.

rial. O bem, o prazer gosado ou concebido, o mal, a dôr soffrida ou recejada, não são quem decide as acções humanas, posto impillam a ellas; compete essa função ao poder de escolha, que sobrevem á reacção pessoal e á dos motivos em conflagração<sup>1</sup>.

Em ordem a demonstrar isto, distinguem entre a vontade e o desejo. Este é um impulso meramente sensível de attracção ou repulsão, que o homem sente produzir-se em si, mas não produzil-o elle; a volição, ultimo movimento do desejo ou tendencia que se realiza, tem por característica a deliberação; e, ao passo que o desejo se impõe, a volição impõe-na o homem, regeitando os motivos que poderiam suscitar uma volição opposta.

Quem nos attesta essa escolha é, nem podia ser outro considerada a natureza do phenomeno, o senso intimo ou a consciencia<sup>2</sup>.

Objectam os deterministas que o livre arbitrio, se o homem é o senhor de resolver se deve ser bom ou mau, justo ou injusto, descontente ou resignado, man-

<sup>1</sup> «Mas este organismo que se apresenta na natureza com o caracter de encadeamento *necessario* de todas as ordens, forças e leis, deve tornar-se um producto da liberdade na ordem moral do homem e da sociedade. Esta ordem está, pela unidade de origem e de principio, igualmente ligada em todas as suas partes, de modo que os homens, como membros da humanidade e todos os bons e fins se condicionam e se completam reciprocamente para a cultura moral e social. Mas esta ordem não se realiza pelo poder irresistivel das suas leis; o homem é chamado a crear pela liberdade uma ordem moral e social á imagem da organização estabelcida por Deus na natureza». Ahrens, Cours de droit naturel, Leipzig, 1858, tom. 1.<sup>o</sup>, pag. 134. Vej. tb. Rossi, obr. cit., pag. 193.

<sup>2</sup> Schopenhauer, obr. cit., pag. 28, sustenta, porem, que a consciencia nos attesta não o livre arbitrio, mas o poder pessoal sobre os órgãos.

so ou colérico, não será a representação do *eu* em um momento dado, mas a força que cria o *eu* a todos os momentos.

Esta objecção é de Garofalo.

Não parece assim, porém.

Nas impressões que o espirito recebe ha a considerar a excitação exterior e a reacção sobre ella.

A acção, que se nos apresenta ao espirito, suscita quasi sempre a idéa d'uma acção contraria ou pelo menos divergente.

D'ahi o conflicto de duas correntes ou tendencias antagonicas e o estado hesitante da consciencia até á adopção d'uma d'ellas; estado que se revela ás vezes na sua maior ou menor duração por movimentos organicos perceptíveis.

N'esse periodo de hesitação calcula-se o valor das duas acções e a preferencia de uma, tendo como norma a idéa de bem, maximo de prazer ou minimo de desprazer.

O resultado d'esse calculo e a escolha da acção constituem a decisão, ultimo momento e esforço da deliberação, que é necessaria para a existencia d'um acto não só voluntario mas tambem livre.

O homem procura sempre o bem, ou o sensível—prazer—ou o racional—dever—; e se ás vezes na collisão d'elles realisa a expressão da Medea de Ovidio: *Vide meliora, proboque et deteriora sequor*, é porque preferiu um bem de consequencias immediatas a outro de effeitos remotos ou confundiu o sensível com o racional.

Em todo o caso houve uma indeterminação na intelligencia, e depois um esforço mental e uma decisão, antecedente invariavel da realisação da acção livre.

Em vista d'isto poderá avançar-se que a alma mudou de essencia, a ponto de fallar ao principio da sua identidade e unidade?

Não ha tantos *eus* quantas as volições da vontade ou manifestações do caracter do homem. A actividade irradiou, em qualquer dos casos, do mesmo foco. Foi o mesmo poder quem decidiu n'um e n'outro sentido, determinou um de dous factos; e a diversidade houve-a apenas nos effeitos da volição, nos phenomenos subsequentes a ella.

«O trabalho psycho-physiologico da deliberação ou escolha sobre os musculos realisa-se, segundo Fonsegrive,<sup>1</sup> dando liberdade ás tendencias. O acto voluntario não produz a acção muscular, mas deixa-lhe o campo livre; a acção tem todas as condições de realisação na tendencia obstada ou neutralizada pela tendencia da acção em contrario; desde que esta ultima é por assim dizer suffocada, a tendencia da acção escolhida entra em jogo como uma mola que se desperta e os movimentos musculares desenrolam-se em series. D'esta forma o que é livre não é a acção mas a decisão, e, se o individuo, depois de haver deliberado, for acommettido d'uma paralyzia subita, nem por isso o seu acto deixará de estar completo e acabado em tudo quanto d'elle dependia<sup>2</sup>».

A felicidade é uma aspiração do homem, o qual mede as suas accões segundo este fim dominador da sua vida moral. Mas a consciencia revela e a experiencia

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 444.

<sup>2</sup> Veja-se como inconsequentemente Schopenhauer, obr. cit. pag. 69, admite que a vontade tem a escolha, a deliberação, evocando ou trocando os motivos na ordem que lhe agrada.

mostra que o homem em muitas occasiões pretere os motivos que, pela seducção, mais fortemente deviam mover o seu animo, e guia-se por outros mais austeros que só uma potencia animicá independente poderia livremente impor-se, querendo acceder aos dictames do imperativo moral, cuja formula, é segundo Kant—*tu debes, logo tu potes*<sup>1</sup>!

E' assim que só por uma força essencialmente deliberante que pode desviar o homem da linha das suas ostensivas e naturaes aspirações, se explicam os actos excepcionaes e singularissimos de abnegação, heroismo, santidade e sacrificio; e podem explicar-se as leis, a sancção, os conselhos, as promessas, as ameaças, etc., tomadas estas cousas não n'um sentido sui generis, mas na accepção commun e tradicional.

Os deterministas dizem acatar o direito de punir, porque querem a existencia da sociedade—condição imprescindivel do desenvolvimento humano—e portanto a sua manutenção, embora pelo emprego de meios harmonicos, isto é, as leis criminaes.

Se o homem, porque obedece a impulsos psychologicos ou a tendencias illegaes, põe em sobresalto e risco a tranquillidade social, o poler que a vigia, tem

<sup>1</sup> Fazem notar os partidarios do livre arbitrio que, ao passo que o determinismo não pode admittir um atomo de liberdade sob pena da ruina da sua theoria, o livre arbitrio pode fazer concessões admittindo o dominio da necessidade ao lado da liberdade. Mesmo pondo de parte os alienados, a independencia do livre arbitrio não é tam completa como a queria Epicuro; a vontade humana pode ser influenciada por motivos, sem deixar de ser livre. As proprias legislações criminaes, em que prepondera a doutrina da liberdade, reconhecerem a força de certos impulsos, tendencias ou motivos do espirito humano. Assim o Código Penal portuguez, art.ºs 31, n.ºs 14 e 15, e 44, n.º 2, etc., etc.

o direito de se livrar d'esse elemento de perturbação e de desordem<sup>1</sup>, dando ao mesmo tempo, pelas providencias que adoptar, um exemplo a quem por ventura possa imitar o delinquente.

N'esse intuito o poder social impõe uma pena para suscitar na consciencia do criminoso motivos ou tendencias que contrariem a realisacão de futuros delictos ou contrabalancem no espirito humano as seducções do mal<sup>2</sup>, tendo porem em vista a correção mais do que a punição, e sobretudo o exemplo, a prevençãõ mais do que a vingança, a utilidade social enfim<sup>3</sup>.

D'esta arte o determinista é, quanto ao direito de punir, maximamente utilitarista. Não despreza de todo a emenda do delinquente, que julga responsavel<sup>4</sup>, mas o que mais tem em vista é a correccão e a prevençãõ para garantia da ordem e das leis sociaes.

Os indeterministas, porem, dizem que a sociedade não tem o direito de viver só porque existe, mas tambem porque lhe cumpre favorecer a existencia da ordem moral. Entendem que nem todos os actos livres são bons e julgam-nos bons ou maus, aferindo-os pela

<sup>1</sup> Na theoria determinista justifica-se a pena de morte. Vej. Fonsegrive, obr. cit., pag. 312.

<sup>2</sup> Schopenhauer, obr. cit., pag. 201.

<sup>3</sup> Cit. Rénard, pag. 120.

<sup>4</sup> Os deterministas entendem que o homem é responsavel pelas suas accões, pois que elle póle dizer como e porque as praticou, e quanto mais julgar má a accão mais carece de que a pena, pela severidade, o faça inclinar para um sentimento diverso. Essa responsabilidade tem varios graus, segundo os da intelligencia e da perversidade do criminoso; porem a lei importa-se menos com as predisposições d'este para lhe proporcionar o castigo do que com o perigo social que o delicto provoca para assim o evitar.

idêa do dever<sup>1</sup>, a qual não é mais do que a vontade, tomando-se ella propria como fim ou força interna que inhere á vontade e se confunde com ella.

Mas para cumprir o dever e exercer a sua actividade livre de harmonia com elle, o homem carece da sociedade, a qual d'esta forma fornece ao livre arbitrio a condição essencial da realisação da ordem moral. E, se entre a liberdade individual e os fins sociaes surgir algum conflicto, então deve preferir o direito social que é a salvaguarda dos direitos de todos. Portan-

<sup>1</sup> «Uma das provas mais frequentemente deduzidas em favor da existencia do livre arbitrio é a que deriva das noções moraes. Demonstra-se que na hypothese determinista nenhuma d'aquellas noções, taes como a consciencia as possui, pode ter explicação. Assim a responsabilidade, o merito, a sanção, o arrependimento, o direito, não existindo para o determinista, obrigam a refutar o determinismo por uma como redução ao absurdo». — Para o determinista ha o bem e o mal naturaes, sem distincção entre bem moral e bem natural, porque elle deriva das mesmas leis e do mesmo modo se produz. Um homem bom é bom como uma boa machina ou como um bom instrumento, ou, se assim o quorem, como uma planta benefica ou um cavallo excellent; mas não é elle a causa da sua bondade. Chama-se bom o que produz prazer e mau o que produz dor: no mundo ha apenas ordem intelligente e ordem sensivel, mas não ordem moral; a sciencia e a ignorancia, o prazer e a dor existem, porem a virtude deve confundir-se ou com a sciencia, tal era o pensamento de Spinoza, ou com a utilidade, tal era a idêa de Augusto Comte; como o vicio, não tem ella uma existencia distincta e separada, «o vicio e a virtude são productos como o vitriolo e o asucar». — «Tudo explicar é tudo absolver, disse profundamente M. Laehelier, ora o determinista, que pretendê explicar tudo, deve tambem tudo desculpar. Os heroes da virtude não lhe excitam respeito mas somente admiração, uma especie de admiração semelhante a que se experimenta deante d'uma alta montanha ou d'um primor d'arte; o criminoso não lhe inspira desprezo, mas compaixão, e talvez aquella especie de horror sublime e commovente que inspiravam outr'ora ao paganismo os desgraçados que a colera dos deuses perseguia. O mundo determinista tem lugar para o sabio ou para o util, mas não para o santo; e, bom como a sciencia cujas leis realisa, escapa a toda a qualificação moral; pois que não é nem moral, nem immoral, mas *amoral*». CH. Fonsegrive, pag. 317 e 321.

to é para proteger o livre arbitrio, e por meio d'elle a ordem moral, que a sociedade pôde punir.

Ha, pois differenças, quanto ao direito de punir, entre os deterministas e os partidarios da liberdade<sup>1</sup>.

O determinismo, posto não deixe de considerar as faculdades e a perversidade do delinquente, dá ao direito de punir o fim principal, senão exclusivo e pelo

<sup>1</sup> Alfred Fouilleé, obr. cit., ex pag. 36, no intuito de harmonisar o determinismo com o indeterminismo—intuito que revela o justifica no prefacio d'aquella obra—occupa-se da conciliação dos deus systemas na ordem social e consequentemente da responsabilidade e imputabilidade legaes. Rogitando o absoluto das cousas e tratando da justificação da pena sob o ponto de vista humano, social, começa por mostrar os inconvenientes da theoria metaphysica da expiação, cujos termos—o livre arbitrio e o bem—são absolutos. A conclusão que elle deduz do livre arbitrio absoluto e da imposição absoluta do bem sobre a vontade, é a da existencia d'uma ordem de dependencia racional entre a vontade má e o bem, a expiação eterna e o abuzo na variedade da pena e requintes do supplicios.

Para Fouilleé os verdadeiros fundamentos da penalidade social são de psychologia, de logica, da sociologia positiva, de defeza e de conservação social, e estas razões são, diz elle, admittidas tanto pelos partidarios como pelos adversarios do determinismo. Entende-o assim porque a negação do livre arbitrio, mesmo absoluta, longe de inutilisar a lei, a mostra necessaria, quer para esclarecer a intelligencia, quer para impulsionar o coração e portanto para influir no procedimento humano.

Tentando deslinar a objecção de que a theoria determinista não se compadece com a responsabilidade, distingue entre responsabilidade metaphysica ou moral e responsabilidade que satisfaz a penalidade social; aquella só um ser omnisciente pode julgar-a, esta affecta o individuo como uma necessidade não só da sua punição mas tambem da sua cura, como uma justissima garantia da existencia e conservação da sociedade. O fim de Fouilleé é, como já se disse e nota Fonsegrive, conciliar o determinismo com o livre arbitrio, combatendo o absoluto d'estas duas opiniões. Para elle o determinismo pôde produzir a liberdade por intermedio da idêa de realisação. É necessariamente que as leis necessarias produzem a liberdade, a força bruta será necessariamente vencida e a liberdade necessariamente conquistada pelo poder de amor.

menos absorvente, da conservação social; o indeterminismo, tendo em attenção o interesse social, quer que o direito de punir se baseie na protecção dos cidadãos em face uns dos outros, de modo que a liberdade de um não constranja a do outro e assim a salvede a ordem moral.

O ponto de partida para a punição é diverso nos dous systemas. Em quanto que o determinismo, reparando na perversidade do agente,<sup>1</sup> a encara principalmente como um effeito da natureza, a theoria do livre arbitrio a olha como um producto da vontade, tendendo aquelle a considerar antes legal que moral a responsabilidade do delinquente.

O indeterminismo, suppondo que a vontade individual pode alterar as tendencias naturaes, é mais favoravel á correcção do criminoso do que o determinismo, o qual não só deve mais facilmente desesperrar da regeneração do individuo, como ainda inclinar-se mais ao emprego de penas rigorosas e irreparaveis.

Se os motivos preexistentes que impellem o homem ao crime deixam de operar necessariamente logo que combatidos e annullados, a theoria determinista, ou tem de ser uma doutrina pessimista e desesperadora nada fazendo pela dignidade e regeneração humana, ou ha de promover o bem e fomentar a extincção das condições geradoras do mal.

Pondo de parte as condições inauferiveis e irremediaveis, e referindo-nos sómente ás viciosas ou aos elementos de corrupção social considerados não inevita-

<sup>1</sup> Vej. Schopenhauer, obr. cit., pag. 202.

veis, como conseguir o seu desaparecimento ou atenuação?

Creando impulsos e motivos contrarios aos preexistentes, é claro.

Mas n'esse caso quem obrigará o homem a accital-os e a obedecer-lhes, fazendo-os preterir antigos habitos, suffocar inveteradas paixões e arrancar enraizados vicios?

O poder social pela força? A sociedade pela moralisação?

Identicos meios tem aconselhado e empregado o indeterminismo, que admite aquella força nas leis e aquella moralisação na doutrina e nos exemplos, suppondo no homem a liberdade de troca ou mudança de motivos, isto é, o poder de querer.

E como, perguntamos ainda? Esclarecendo a intelligencia e inclinando a vontade para o bem? Mas coagindo esta faculdade a obedecer irremissivelmente a motivos diversos dos preexistentes ou apenas indicando-os para lhe servirem de norma de conducta?

No primeiro caso que differenças radicaes entre o fatalismo e o determinismo, e no segundo que differenças entre o determinismo e o livre arbitrio?

Nuvens ha ainda a empanar os principios e a applicação da theoria determinista que nos põem de sobreaviso<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O desenvolvimento da maior parte do que deixamos dito pôde ver-se no mencionado Fonsegrive, obra citada, premiada pela academia das sciencias moraes e politicas de França. Este escriptor na segunda parte do seu livro apresenta em diversos capitulos uma desen-

31. Aos progressos da psychiatria devem-se as modernas revelações sobre os effeitos e phenomenos da hypnose e da suggestão mental.

«A realidade dos factos hypnoticos, diz Beaunis<sup>1</sup>, é actualmente admittida por grande numero de medicos e estará bem depressa demonstrada para aquelles que queiram examinal-os sem os preconceitos e prejuizos de escola. O hypnotismo não é mais que uma reunião de phenomenos nervosos, que deve ser estudada como qualquer outra questão physiologica e com o mesmo espirito scientifico».

Na verdade a suggestão mental que Richet<sup>2</sup> define: «—*La transmission de la pensée d'un individu à l'autre, en dehors de tout phénomène appréciable à nos sens normaux, à notre perspicacité normale si vive qu'on la suppose, avec une corrélation telle, que le hasard ne suffit pas à l'expliquer*—» é um facto que, mal entendido, pôde levantar desde os seus alicerces, para a subverter, toda a sciencia do direito criminal e legislação respectiva.

Se o homem só porque a vibração d'um cerebro estranho operou sobre o seu, transmittindo-lhe um pensamento e impondo-lhe a pratica d'um facto, quer esta transmissão e imposição se realisem durante o somno para n'esse estado ou fóra d'elle se cumprir o facto suggerido, quer se effectue no estado de vigilia,

volvida critica dos argumentos scientificos, psychologicos e metaphysicos em favor da necessidade, assim como critica esta idéa e a de liberdade e expõe as consequencias scientificas, moraes, sociaes e estheticas de livre arbitrio.

<sup>1</sup> Le somnambulisme provoqué. Paris, 1887, pag. 8.

<sup>2</sup> Citado por Bourru e Barot, La suggestion mentale, Paris, 1887, pag. 158.

pode e tem de obedecer fatal e necessariamente em qualquer circumstancia á vontade alheia, em que péfica o principio da responsabilidade moral e legal dos actos humanos, e como se justificará o direito de punir?

De forma alguma, julgamos.

É preciso, porem, distinguir para os effeitos criminaes entre hypnotizador e hypnotico ou suggestor e *sujet* e entre suggestão voluntaria e involuntaria.

Tarde<sup>1</sup> pretende demonstrar que a verdadeira causa da suggestão está no proprio *sujet*, na sua singularidade pathologica, e não no poder do suggestor; e, sob este aspecto, equipara aquelle ao monomano.

Em exemplo, diz elle: «ordene-se a uma hysterica que dispare um tiro de revolver contra seu irmão e a hysterica, quando despertar, ha de obedecer. Pensa-se que ella se verá embaraçada para explicar a si propria o seu procedimento? Engano! Convencer-se-ha que matou o irmão ou porque este lhe causou algum mal ou porque a prejudicou na partilha hereditaria ou por qualquer outro motivo; a verdadeira causa do homicidio é que ella não logrará conhecer. Tambem o monomano, que obedecer a uma inclinação invencivel, não deixará de motivar por meio de boas razões a acção desassizada que praticou, mesmo porque os alienados tem em geral muito engenho para justificar as suas extravagancias. A impulsão no monomano filia-se primariamente n'uma lesão cerebral, emquanto que no exemplo antecedente a causa determinante é uma ordem exterior recebida pela hypnotisada; mas, continúa Tarde, a differença desaparece se notarmos que

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 135.

a verdadeira causa da suggestão reside na anomalia cerebral d'esta e não em um *soi-disant* poder mysterioso do magnetizador. A ordem que este deu imprimiu simplesmente um certo curso, embora decisivo, á doença da hypnotisada, e fez o papel aliás importante de circumstancia accidental.»

Percebe-se que Tarde não se arreda muito, quanto ao hypnotico, das consequencias d'aquella theoria que sustenta a inferioridade antropologica do criminoso.

O monomano que, por exemplo, mata um amigo, porque este não quer casar, é equiparado ao sujeito que assassinou um vizinho sob a indeclinavel influencia da suggestão de terceiro. A verdadeira causa da morte foi n'um e n'outro caso a anomalia cerebral, mas o celibato e a ordem suggerida foram respectivamente as causas accidentaes d'um e d'outro crime.

Não explica, porém, Tarde como estas causas accidentaes, uma das quaes é rigorosamente interna e creada na imaginação do monomano ao passo que a outra é transmittida de fóra e producto d'uma acção estranha, hão de influir com analogia intensidade nos pacientes. Tambem não compara elle o poder de resistencia que o monomano, por quaesquer causas supervenientes, poderia oppor á sua inclinação malefica com a fatalidade de execução do acto suggerido que o suggestor determinou irrevogavelmente para tal hora e lugar.

Por este lado, pois, as difficuldades não desaparecem.

Garofalo<sup>1</sup>, occupando-se das relações da sugges-

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 295.

tão hypnotica com a criminalidade, confessa conhecer poucos factos em que o hypnotismo haja servido de meio ao crime; mas, no evento de esse meio se desenvolver e alargar, pretende que o suggestor seja punido como auctor do delicto, e que o hypnotisado se considere um instrumento passivo, quando muito responsavel de delicto involuntario por se haver imprudentemente submettido á operação.

No caso de hypnotisação voluntaria ou solicitada pelo agente, facto que compara, e muito bem, á embriaguez propositada e posterior á resolução do crime, acceita a punição do mesmo agente, o qual d'essa forma procurou na suggestão, alem d'uma nova energia, a irrevogabilidade da sua intenção malefica.

Na hypothese porem de o *sujet* repellir quanto possa a influencia magnetica d'outrem e implicitamente as consequencias que d'ella derivam, não deve elle de fóra alguma ser incriminado por um acto em cuja execução obrou com a inconsciencia dos automatos e com a fatalidade dos instrumentos que outros vibram.

Sensatamente dizem Binet e Féré<sup>1</sup> que a maior parte dos escriptores se têm preocupado com o hypnotismo mas não com a sua prova, desconhecendo que no estudo medico-legal a demonstração do facto hypnotico é a primeira e a mais importante de todas as questões.

Porisso entendem aquelles auctores que o facto material da suggestão deve ser verificado, e que em régra todas as vezes que um individuo invoque dean-

<sup>1</sup> Le Magnétisme animal, Paris, 1887, pag. 271 o seg. 7

te da justiça o estado hypnotico lhe incumbe provar esse estado, submettendo-se a uma experiencia.

É justo que, para indagar da susceptibilidade hypnotica do delinquente e portanto para esclarecimento da verdade, se proceda a uma experiencia adequada, mas não basta: é necessario demonstrar por outros meios que a suggestão foi voluntaria e solicitada ou apenas inconscientemente soffrida.

Porem no caso de a sciencia admittir que a suggestão mental pôde realizar-se independentemente da vontade do *sujet* e operar a distancia e com anticipação<sup>1</sup>, como comprovar quanto ao indigitado delinquente a voluntariedade do facto incriminado? E se a suggestão fôr indeterminada?

Os competentes estudarão o assumpto e correlacionarão a acção do hypnotismo com a criminalidade, ou elle seja uma nevrose experimental ou uma excitação peripherica do ouvido ou da vista<sup>2</sup> ou uma predisposição especial do organismo para a histeria ou uma doença sui generis, fornecendo elementos e regras para conhecer a tempo n'um individuo a sua idoneidade hypnotica e para provenir n'elle a influencia suggestora de crimes, e ainda para, sendo possível, descobrir o poder hypno-magnetico do suggestor, a fim de evi-

<sup>1</sup> Sustentam alguns que o hypnotico tem meios de escapar, pelo menos parcialmente, à tyrannia da suggestão. Fonsegrive, obr. cit., pag. 303 e 461; Tarde, obr. cit., pag. 138.

Beaunis, segundo refere Tarde, viu realizar-se no dia fixado uma suggestão que fizera 112 dias antes, o não duvida que este prazo possa ainda ser excedido. Sobre suggestão a distancia vej. Bourru et Barot, obr. cit., pag. 169 e seg.

<sup>2</sup> Alfred Binet, *Études de psychologie expérimentale*, Paris, 1888, pag. 287.

tar e reprimir nos casos de maleficio os seus attentados hypnogenicos<sup>1</sup>.

Na suggestão solicitada ou consentida para um fim criminoso o suggestor e o *sujet* devem ser punidos por igual; mas na involuntaria, se pode existir, o ultimo não merece punição; e n'esta hypothese não se justifica o direito de punir, ao menos com o caracter de castigo, assim como pelas difficuldades de investigação custosamente se exercerá a titulo de medicaçào e garantia social.

Não é arrojada esta asserção, porque aquelles mesmos que estudam especialmente esta materia confessam a singularidade e excepcionalidade do estado hypnotico, e exigem que a prova d'esse estado seja apresentada pelo criminoso, o que, diga-se incidentalmente, não parece muito harmonico com o vetusto principio de jurisprudencia: *ei que allegat incumbit probatio*.

32. Quaes serão as verdadeiras bases do direito de punir?

O erro commun das diversas theorias que vêm enumeradas é o seu exclusivismo na escolha da noção fundamental.

Deduzido d'uma natureza complexa, o direito de punir não pode, segundo Ortolan<sup>2</sup>, deixar de ter uma

<sup>1</sup> Jules Liégeois, *De la suggestion et du somnambulisme*... Paris, 1889, pag. 613, explica como se pôde triumphar da resistencia do *sujet* por meio de certas allucinações, dando ao acto criminoso que se pretende suggerir uma apparencia que acalme os escrúpulos; v. gr. persuadindo-o previamente que em vez de furto praticará uma licita recuperação.

<sup>2</sup> Obr. cit., tom. 1.<sup>or</sup>, pag. 86.

base complexa, e porisso todos os systemas que se fundam respectiva e singularmente na vingança, contracto social, reparação, conservação ou defeza social, justiça absoluta, etc., não podem ser a expressão genuina d'aquelle direito<sup>1</sup>.

O raciocinio de Ortolan é, em resumo, o seguinte:

O homem é essencialmente sociavel, e o estado de sociedade é para elle não só legitimo como tambem necessario.

O homem e a sociedade, que é uma aggregação de homens, são ao mesmo tempo materia e espirito, e como taes devem subordinar o seu procedimento a dous principios correlativos—o justo e o util.

A razão ensina que o bem merece o bem e que o mal merece o mal, e o sentimento harmonisa-se com a observancia d'esta idéa. Eis a regra da justiça absoluta, segundo a qual todo o criminoso merece uma pena proporecionada ao seu delicto.

Mas a sociedade não tem de attender somente á idéa de justiça, ha de considerar que o crime a prejudica e perturba, e portanto carece de inflingir o castigo para poder conservar-se. Eis a idéa de utilidade social.

<sup>1</sup> Ortolan diz que todas estas theorias têm alguma coisa que desconhece, falseia ou mutila a natureza humana. «As da vingança arvoram o instincto, a paixão, n'um direito; as do contracto social desconhecem o character essencial e fatalmente sociavel do homem; as da reparação anniquilam a idéa de punição, pretextando justificar-a; as do direito de conservação ou defeza social vêem uma defeza onde ella não existe, e, ficando em meio caminho da sua demonstração, não parece serem mais do que theorias utilitarias; as da utilidade abstrahem da parte moral da natureza humana e negam mesmo a noção do justo: finalmente as da justiça absoluta abstrahem da parte physica da natureza e não se importam com o util».

A justiça estabelece a necessidade da pena para o culpado, e a utilidade dá ao poder social o direito de decretar e applicar essa pena.

O mesmo escriptor explica engenhosamente a influencia d'estes principios na doutrina do direito de punir, imaginando um dialogo entre o criminoso e o poder social:—Porque me castigas, pergunta aquelle?—Porque o mereces, responde-lhe este.—Mas que tens com isso, quem te fez juiz e executor?—Se se dá o caso, continúa Ortolan, de o poder social dever replicar:—não só o mereces mas tambem vae n'isso a minha conservação—estas duas proposições respondem a tudo e o direito de punir fica assente.

A theoria de Ortolan parece incompleta, porque, em vez de entrarem na essencia do direito de punir somente um elemento de ordem moral—o principio da justiça absoluta—e outro de interesse geral—a conservação da sociedade—, deveria n'ella comprehender-se tambem um terceiro elemento de bem individual— a emenda do delinquente—; elemento que não repugna nem á justiça absoluta, visto que na penalidade vae a idéa de expiação que affecta o individuo, nem ao interesse geral, pois que o melhoramento da parte concorre para a perfeição do todo. No entanto, pensando bem, a correcção pertence ao fim da pena, o que é diverso da sua necessidade racional, e Ortolan assignala a esta dous fins principaes—a correcção moral e o ex implo—, aquella operando sobre o individuo pelo soffrimento; este influindo na sociedade pela intimidación.

Eis a theoria que nos parece mais adoptavel, por considerar a punição não sómente sob o ponto de vista da ordem moral e da justiça absoluta, mas

tambem sob o ponto de vista da ordem social, como elemento de prevenção e de repressão.

Bem sabemos que para a moderna escola penal a idéa de justiça absoluta, ainda mesmo alheia á ficção do mandato divino, (§ 27) é já uma fossil e desacreditada visualidade metaphisica. . . Mas nós, como muitos, julgamos que ainda ha um grosso cabedal de principios cuja existencia e natureza a experiencia, que só revela phenomenos, não pôde demonstrar cabalmente. Entre esses principios encontra-se e avulta o do livre arbitrio, que não poderá explicar-se á luz apenas das sciencias experimentaes; porque os actos que d'elle dimanam, devendo ser contingentes e intelligentes, têm uma terceira característica—a espontaneidade—, isto é, só são explicaveis pelo ser moral que os produziu.

Se com o organismo physico do homem nascem todas as leis que o regulam physicamente, quanto á sua parte espirital o mesmo deve succeder; e, se o homem é por sua natureza um ente sociavel e tem um fim a cumprir, com elle hão de nascer aquelles principios aos ques tem de subordinar, embora sem a sujeição da necessidade, a actividade das suas facultades moraes<sup>1</sup>.

33. O systema de Ortolan, explicando o direito de punir pela idéa da justiça absoluta e pela de conserva-

<sup>1</sup> Vej. em Ahrens, obr. cit., tom. 1.<sup>or</sup>, pag. 67, o § 22 que se inscreve: *le droit considéré sous le point de vue synthétique, comme justice divine.*

ção ou utilidade social é perflhado por alguns criminalistas<sup>1</sup> e repellido por outros.

Bertauld<sup>2</sup> impugna-o, dizendo que elle illude e não resolve o problema. Confronta o direito do individuo com o do poder social. O individuo conserva-se e defende-se, mas não pode castigar porque lhe é sufficiente garantir-se contra os prejuizos que soffren. O poder social vae mais longe; com quanto attenda á conservação geral tem o direito de punir, isto é, de castigar a violação da ordem, sem que por isso esteja subordinado á condição de que a infracção houvesse causado prejuizo, embora resultante do mau exemplo sómente.

Segundo Bertauld o direito de castigar deriva do direito de mandar; todo o superior pôde impôr penas ao transgressor das suas prescripções, com tanto que se realizem as tres condições seguintes: legitimidade da ordem ou prescripção, proporcionalidade da pena e demonstração da culpabilidade. A penalidade é um effeito da soberania; socialmente considerada é tam justa como a penalidade moral, isto é, o individuo, tendo a liberdade e o dever de conformar-se com a lei social, se não o faz commette um mal social e merece ser punido.

Vê-se, pois, que a modificação que Bertauld faz ao systema de Ortolan consiste em que a pena deve

<sup>1</sup> Assim Haus, tom. cit., pag. 13 e seg. Lefort, obr. cit., pag. 22, dizendo que a theoria de Ortolan lhe parece sem contradicção a melhor, aprecia-a, mostrando as consequencias importantes que derivam d'ella, já com relação aos caracteres essenciaes e limites da repressão, já quanto á medida ou limite da penalidade.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 110.

ser conforme á justiça social, sem que, como no systema d'este, o poder social seja um mandatario ou delegado da justiça absoluta<sup>1</sup>.

Não pôde negar-se, que a idéa de justiça, assim como a idéa do bem e do mal, merito ou demerito, existe gravada na consciencia da humanidade.

«To los julgamos da bondade das acções humanas, diz Brito<sup>2</sup>, e das leis que as regem: todos temos consciencia, mais ou menos clara, de um principio superior e do dever de nos conformarmos com elle nas manifestações da nossa actividade: e por isso todos o invocamos nas diversas situações da vida pratica, como regra suprema e permanente das acções humanas, pretendendo ao mesmo tempo que todos a reconheçam e lhe obedeçam».

Ora Ortolan, estabelecendo como um dos fundamentos do direito de punir a idéa de justiça absoluta, aproveitou este sentimento universal e unanime que a consciencia nos testimunha, não d'um modo indifferente, mas gosando ou soffrendo segundo elle é respeitado ou desacatado.

Este sentimento, segredando-nos que o bem se premeia com o bem e que o mal merece um mal proporcionado e relativo, é o unico que poderá julgar da legitimidade da ordem ou prescripção do poder social, que Bertauld apresenta como uma das tres condições

<sup>1</sup> Trébutien, obr. cit., tom. 1.º, pag. 29, segue as idéas de Bertauld, sustentando que o direito de punir, que deve reconhecer-se no poder social, tem uma existencia *propria e distincta*.

<sup>2</sup> Philosophia do Direito. Coimbra, 1871, pag. 133. Vej. tb. V. Ferrer, Elementos do Direito Natural, tom. 1.º § 2; Ahrens, obr. cit., tom. 1.º, pag. 405; Haus, tom. cit., pag. 49.

inherentes ao direito de castigar; porque o principio de que a pena deve derivar da soberania e ser conforme á justiça social, explicando a relação de obediencia do governado ao governante, pode não explicar a relação de obediencia justa, isto é a harmonia do preceito com o bem—regra e aspiração suprema do homem. Ou as leis hão de ser em toda a parte e em todos os tempos perfectas, isto é, conformes ao principio da remuneração das acções boas e más pelo premio e pela pena, e n'este caso a justiça social com *existencia propria e distincta* da absoluta e o poder social só delegado da sociedade não se concebem; ou não tem aquella perfeição e justeza, e n'esta hypothese a prescripção não será sempre legitima, a penalidade social não será sempre justificavel, e a justiça social, brigando com os dictames da lei moral, poderá ser despótica, tyranna, absurda mesmo.

Ortolan funda a sua theoria n'uma idéa natural, eterna, universal, mais ou menos reconhecida por todos os povos e que está gravada na consciencia publica.

É uma norma geral, absoluta que tem acompanhado a humanidade e que facilmente se encontra para aferir as acções sociaes, ao passo que Bertauld, derivando a legitimidade da pena do direito de mandar, invoca uma regra variavel de governo para governo, de estado para estado, e por assim dizer, de sociedade para sociedade. É o direito de punir acorrentado á idéa de soberania, seguindo-lhe os acasos e as vicissitudes.

Mas Ortolan não baseia exclusivamente a sua doutrina na justiça absoluta, attende tambem ao dever da conservação social, e, se ao medir a penalidade, indaga não só até que ponto a justiça absoluta a compor-

ta, mas egualmente até que grau a utilidade social a reclama, é claro que o principio da obediencia ao poder e do respeito á lei, que são tambem verdadeiras utilidades, se justificam n'aquella sua doutrina, como derivações da concepção fundamental.

Alem do mais Bertauld em nada considera a expiação, o soffrimento do criminoso, porque o poder, punindo, só representa a sociedade e tem em vista a repressão social; assim como pouca importancia liga ao effeito preventivo, que pode ser uma consequencia secundaria, mas não um fim.

É cruamente utilitarista e nada mais.

## TERCEIRA PARTE

PRISÃO EM GERAL E PRISÃO CELLULAR

## TERCEIRA PARTE

### Prisão em geral e prisão celllular

*La civilisation de plus en plus exigeante envers les prisons veut aujourd'hui qu'elles présentent un triple caractère: sévérité pour l'expiation du crime, sûreté pour la garantie publique, moralité, a fin de régénérer le coupable et de le rendre au monde sans honte et sans danger:...*

H. CARNOT.

## CAPITULO UNICO

### SUMMARIO

34. Necessidade da pena de prisão; suas especies.—35. Sua existencia atravez dos tempos.—36. Antecedentes historicos do regimen penitenciario; opiniões diversas quanto á sua origem.—37. Esforços humanitarios da seita dos quaquers nos Estados-Unidos; fundação da prisão de Walnut-Street em Philadelphia, systema e defeitos; outras prisões; creação das penitenciarias de Auburn, Pittsburg e Cherry-Hill e seus regimens; systemas penitenciarios adoptados definitivamente em Auburn e em Cherry-Hill; typos de regimen penitenciario nos Estados-Unidos.—38. Movimento penitenciaro na Europa depois de 1815; esforços attinentes á reforma prisional; queda, resurgimento e propagação do systema celllular; congressos penitenciaros; principaes systemas penitenciaros da actualidade.—39. Progresso do regimen prisional em Portugal; tentativas anteriores á lei de 1 de julho de 1867 que creou entre nós o systema penitenciario e cadejas celllulares geraes; prisão civil denominada das Monicas; execução parcial do systema de prisão celllular; conselho penitenciaro; regimen da penitenciaría de Lisboa; principios que inspiraram a reforma de 1867.

34. Comquanto o direito de liberdade, um dos direitos originarios ou absolutos, seja essencial á natu-

reza humana, está elle no seu exercicio sujeito ás restricções que o principio da justiça e o interesse social possam e devam exigir-lhe.

A ordem publica, uma das consequencias d'aquelle principio e um dos esteios d'aquelle interesse, carece de ser respeitada; e, para esse fim, é licito ao poder social recorrer aos indispensaveis meios de prevenção e de repressão.

Um d'elles é a privação da liberdade imposta ao perturbador, isto é, a pena de prisão, de que agora nos occuparemos especialmente depois de havermos tratado da pena em geral.

A pena de prisão, considerada como medida de tranquillidade e de interesse publico, pôde ser *preventiva e repressiva* ou *condemnatoria*<sup>1</sup>.

A *preventiva*, que é anterior ao julgamento, tem por fim evitar que o presumido criminoso, se como tal vier a ser julgado, se subtraia ao castigo da lei.

Não é, em rigor, uma pena, e por isso sómente nos occuparemos da prisão *condemnatoria* ou posterior ao julgamento.

<sup>1</sup> Alguns criminalistas admittem 3 especies de prisão: preventiva (emprisonnement de garde), condemnatoria (emprisonnement de peine) e de educação correccional (emprisonnement d'éducation correctionnelle). Esta última não tem o caracter de pena publica, é antes a substituição da acção da familia pela do estado na direcção e correccão dos menores abandonados. Inclue-se n'esta especie de prisão aquella que o nosso código civil, art. 143, permite aos paes. Vej. Ortolan, *Elém. cit.*, tom. 2. pag. 49 e 81, e um excellente artigo sobre casas de correccão devido á redacção da Revista dos Tribunaes, vol. 6.º n.ºs 133 e 137. Chauveau et Hélie, *obr. cit.*, tom. 1.º, pag. 123, consideram a *prisão* e a *reclusão* como expressões de significação identica, e fallam da *detenção* como pena nova e destinada á repressão dos crimes politicos.

35. Deve ser contemporanea dos primeiros povos a pena de prisão, á qual Rossi, illustre professor de Genebra e infeliz ministro de Pio IX, chamou a pena por excellencia das sociedades civilizadas<sup>1</sup>.

Ou a penalidade se inspirasse na vingança ou tomasse um caracter de expiação ou fosse dictada pelo principio da justiça ou da utilidade social, em qualquer dos casos era necessario, para que a punição não ficasse inexecuvel, que o delinquente fosse arrancado á sua liberdade e retirado, por tanto, do meio social.

E na verdade a historia dos povos mais remotos, narrando os seus feitos guerreiros, falla dos prisioneiros que ficavam nas batalhas, dos captiveiros impostos aos vencidos e das condições dos resgates e dá conhecimento tambem dos grandes criminosos e das expiações ou castigos que lhes eram inflingidos, entre os quaes figurava a indispensavel reclusão, mais ou menos longa e dolorosa<sup>2</sup>.

Cicero descreveu os ergastulos de Roma com terriveis côres, chamando-lhes mais covas de feras do que cadeias<sup>3</sup>; Jugurtha, rei da Numidia, morreu de fome n'uma masmorra romana; Socrates esteve preso antes de tragar a cicuta, os hebreus gemeram no captiveiro de Babilonia, e até entre as punições mythicas das Da-

<sup>1</sup> *Obr. cit.*, pag. 442. Vej. Alauzet, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*, Paris, 1842, pag. 93; Chauveau et Hélie, *obr. cit.*, tom. 1.º, pag. 123.

<sup>2</sup> José do Egypto prende seus irmãos: «*vos autem eritis in vinculis*». Gen. c. XLII v. 16.

<sup>3</sup> No tempo do imperio serviam de cadeias os subterraneos abertos na rocha e as galerias das pedreiras (lautumiae et lapideinae). Aneo Marcio, segundo refere Livio, I, 33, citado por Freire de Mello, *obr. cit.*, pag. 60, foi o primeiro que em Roma edificou carceres para terror dos cidadãos.

naides enchendo um tonel sem fundo, de Encelado supportando o Etna, de Tantalos devorado pela fome e pela sede á vista de agua e de fructos e de Sisypho rolando continuamente o rochedo, a lenda do Promethen accorrentado á ordem de Jupiter no cimo do Caucaso por haver animado o homem de argila com o fogo roubado aos céos, não passando d'um producto da imaginação, revela que na consciencia dos antigos povos a idéa de prisão estava gravada como a de um castigo.

Na idade média as cadeias eram principalmente as fortalezas dos estados, as enxovias e torres dos castellos feudaes ou ainda os subterrancos e *in-paces* dos mosteiros. Como preparatorio de ulterior vindicta ou represalia, os inimigos, não trucidados ou não resgatados, eram arremessados ás masmorras e ali pereciam pela fome ou d'ellas sahiam para serem enforcados nas praças e nas ameias, Ugolino é um exemplo.

Depois, na dominação do absolutismo, a pena de prisão tornou-se mais frequente e duradoura, porque as penas capitaes e de execução immediata iam-se já difficultando pela complicação das provas e tramites formularios que vinha exigindo a progresso da justiça criminal.

A destruição da Bastilha de Paris, que significou um protesto contra os abusos das instituições absolutas, traduziu também uma reacção contra o uso exaggerado e arbitrario d'uma das penas mais vulgares — a prisão.

36. Viu-se já que para alguns escriptores o delinquentes é um degenerado, um ser inferior, que pelos

vícios da propria organização talvez deva encarar-se mais como um doente do que como um criminoso.

Será possível que n'um estado mais adiantado das sciencias antropologicas e da sociologia positiva se demonstre cabalmente esta these, e que a idéa de punição desapareça com as legislações criminaes, substituindo-se as cadeias por hospitaes ou asylos<sup>1</sup>.

Por ora parece que não<sup>2</sup>.

Ver-se-ha que as idéas que presidiram á criação das penitenciarias não foram somente as que têm por mira a segurança publica, e querem a sequestração do delinquentes como meio exclusivo da sua emenda moral.

Se assim fosse, a prisão celllar não devêra ser, como ainda é, uma pena afflictiva.

A pena de prisão, encarada n'uma das suas condições praticas, n'uma das suas phases de maior aperfeiçoamento, pode chamar-se *cellular* ou *penitenciaria*.

D'ella nos occuparemos agora.

Investigando as origens historicas do systema penitenciario, alguns criminalistas querem, sob este ponto de vista, relacionar-o com as idéas e maximas da religião christã<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> «O novo código penal italiano (lê-se na cit. Revista dos Tribunaes, 7 vol., pag. 96) supprime a pena de morte e substitue-a pelo *ergastolo*, isto é, prisão celllar perpetua». Não obstante o notavel progresso dos estudos criminaes na Italia, parece que esta nação não é muito favoravel á nova orientação penologica, se o fóra não estabeleceria a perpetuidade d'aquella pena, sem attenção ás ultimas conclusões dos corypheus mais distinctos da eschola positiva. Vej. Garofalo, obr. cit., pag. 387 e nota C.

<sup>2</sup> A. Ayres de Gouvêa, A reforma das cadeias em Portugal, Coimbra, 1860, pag. 21.

<sup>3</sup> Léon Faucher, La réforme des prisons, Paris, 1838, pag. 38.

O christianismo prégou a penitencia, o arrependimento, o trabalho, a oração, o silencio, a disciplina; e estes factos, observados principalmente pelos ascetas e monges, encerravam os germens d'um systema de expiação que mais tarde a sociedade, sob o impulso das idéas altruistas e do mais nitido conhecimento da natureza da penalidade, havia de associar á punição dos delinquentes.

Outros remontam-se mais longe, á Grecia, onde, segundo Platão, os presos de certas cadeias só podiam communicar com os magistrados; outros ainda ou fiam o systema penitenciario nas prisões de S. Miguel em Roma (1703) ou na *maison de force* de Gand (1775), ou o derivam dos esforços de Bentham e do inglez John Howard<sup>1</sup>, este que, percorrendo as prisões, hospitaes e lazaretos da Europa e descrevendo a sua lamentavel situação, agitou a questão da sua reforma, não tanto sob o aspecto penal como pelo lado humanitario, aquelle que com o seu projecto de *Panopticon* se esforçou por crear um novo systema architectural e regulamentar de prisões, para reunir muitos individuos sob uma vigilancia simples e pouco dispendiosa.

37. Diz-se geralmente, mas não sem controversia, que o systema penitenciario qua-tal se deve aos Estados Unidos<sup>2</sup>, e que data a sua origem dos fins do se-

<sup>1</sup> Basilio Alberto, obr. cit., pag. 136.

<sup>2</sup> Ortolan, obr. cit., pag. 94, lembra que trinta annos antes da creação das penitenciarías de Auburn e Philadelphia se organisaram a *maison de force* de Gand, onde se encontrava a prisão cellular nocturna com regulamentos de disciplina e trabalho interior, e

culo 18, posto que só depois de 1820 appareça devidamente organísado.

A Inglaterra, antes da independencia d'esta nação

a penitenciaria de Gloucester (1790), onde havia o isolamento diurno e nocturno (*solitary confinement*.) Vej. n'este sentido Faucher, obr. cit., pag. 18; Vicomte Vilain XIII, Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs et les fainéants, Bruxelles, 1841, pag. 25 e seg.; Charles Lucas, De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement, Paris, 1836, tom. 1.<sup>o</sup>, introd. pag. XLIV; Petit de Latour, obr. cit., pag. 273; sr. João da Silva Mattos, Reforma Penitenciaria, Lisboa, 1885, pag. 4 e seg.; sr. Adelino A. Neves e Mello, Estudos sobre o regimen penitenciario e sua applicação em Portugal, Coimbra, 1880, pag. 33; Relatorio da commissão de revisão do codigo penal de 1852, Lisboa, 1851, tom. 1., pag. 60.—J. A. Vasconcellos Alvim, na sua dissertação inaugural sobre as vantagens do systema penitenciario, Coimbra, 1845, pag. 49, cre que o systema americano teve como typo a disciplina monastica e o seu regimen penal, e cita em abono d'isso passagens d'um livro escripto em 1629, intitulado—*Constitutiones Monachorum Nigrorum Ordinis S. P. Benedicti Regnorum Portugalliae—Conimbricæ*... onde a pag. 276 se lê: «Constitutio VIII. De Poenis specialibus aliquorum eriminum... 5. Circa eos, qui in carcere conjiciuntur in poenam delicti commissi, volumus ut Horis diurnis, atque nocturnis Chorum, actusque conventuales, Capituli, et Refectorii frequentent, ne detenti in carcere, otio torpescant: Reliquo vero tempore intra carcerem sint inclusi. Idemque servetur, si aliquis in propria cellula vice carceris recludatur... 6. Circa eos, qui in carcere compediti in Nervo existunt, vel vinculis alligati, statimur, ut coram Conventum non appareant... 7. Statimur denique, ut incarcerati, et compediti, juxta sanctam Regulam, post Conventum reficiant, nemo item cum eis, neque cum incarceratis, aut reclusis colloquatur, vel mandatum eis dirigat absque licentia Abbatis: seniores tamen fratres qui eos consolentur, in carcerem ingrediendi licentiam Abbas concedat... E tambem a pag. 236—*De violatione clauzuræ per illicitum egressum*—se diz: 2... Cellulam in qua habitat (o fugitivo) habeat pro carcere, cum remine absque licentia sermocinetur, actus tamen conventuales Chori, Capituli, et Refectorii frequentabit. In Choro nec Psalmum, nec Antiphonam imponat, nec lectionem, aliudve simile recitet: in Refectorio nec legat nec serviat... Generalem faciat confessionem, et si fuerit sacerdos, Missam in aliquo Altari secreto, et a saecularibus semoto poterit celebrare». No entanto o distincto criminalista A. Asevedo Castello Branco, em um artigo publicado na Rev.<sup>a</sup> do Fóro Portuguez, 2 vol., pag. 64, chama á prisão cellula *invenção americana*.

americana no fim do seculo passado, servia-se das colonias para a deportação dos criminosos, mas as leis que as regiam eram barbaras e a sorte dos degredados verdadeiramente miseranda; porisso este estado de coisas propelliu a scita dos quaquers, de sentimentos contrarios á effusão de sangue, a influir na legislação criminal, conseguindo a suppressão quasi completa das penas mais cruéis do codigo da Pensylvania, a substituição dos castigos corporaes pela prisão e isolamento diurno e nocturno quanto aos réos de delictos capitaes. Por este motivo se chamou reformador da Pensylvania ao quaquer Guilherme Penn.

Fundou-se então a prisão de Walnut-Street<sup>1</sup>, Philadelphia, em que havia para alguns delinquentes o isolamento absoluto sem permissão de trabalho ou de qualquer occupação; systema, denominado por alguns *pensylvanico*, que depressa se conheceu ter defeitos importantissimos, taes como: a ampla communicação dos presos não condemnados ao isolamento absoluto e que trabalhavam juntos, e a ociosidade dos isolados.

Outras prisões se crearam a exemplo d'estas: a de New-York em 1797, na qual se adoptou tambem a isolamento sem trabalho para os grandes criminosos e a communicação com trabalho para os outros, e mais tarde as de Maryland, Massachussets, Maine, Nouveau-Jersey e Virginia com isolamento para certa classe de delinquentes.

Não deram o resultado esperado estas prisões, e,

<sup>1</sup> Sobre este assumpto vej. Beaumont et Tocqueville, *Système Penitenciaire aux États-Unis et son application en France*, Paris, 1845, pag. 85 o seg; Lepelletier de la Sarthe, *Système penitenciaire*, etc., Mans-Paris, 1833, pag. 334.

porque se entendesse que o defeito estava na insufficiencia dos edificios e na mistura dos criminosos, construiu-se a prisão de Auburn (1816), a principio com cada cella para dous condemnados e depois com cellas solitarias para a maior parte d'elles.

Em 1817 a legislatura da Pensylvania edificou a penitenciaria de Pittsburg, e em 1821 a de Cherry-Hill, uma para os condados do oeste, outra para Philadelphia e condados de leste, começando a ultima a funcionar sómente desde 1829.

O regimen d'estas duas penitenciarias differia do de Walnut-Street, pois, ao passo que n'esta se admitiam as classificações<sup>1</sup>, das quaes o *solitary confinement* era um accessorio, n'aquellas despresavam-se as classificações, e uma cella solitaria, sem trabalho, se dava a cada criminoso.

Este isolamento absoluto, predominando em Pittsburg e Cherry-Hill, produziu funestos effeitos á saúde e á vida dos presos, a ponto de alguns d'estes serem perdoados e os restantes admittidos ao trabalho commum. Não se querendo, porem, regeitar o principio adoptado, tratou-se de aproveitar o que havia de bom e de repellir o que havia de mau no systema da clausura cellular; e isto se tentou por meio da incomunicabilidade nocturna e do trabalho diurno em commum e em silencio.

Foi este o systema penitenciario definitivamente

<sup>1</sup> Os primeiros ensaios do systema penitenciario nos Estados Unidos tomaram como regra as cathogorias dos presos separados por classes segundo as suas moralidades, e como excepção ou circumstancia secundaria o isolamento. O mesmo se fez em França, antes da revolução, quanto aos forçados das galés.

admittido em Auburn que a opinião, mercê dos relatórios favoráveis d'alguns inspectores, Allen, Hopkins e Tibbits, acolheu tam excellentemente que se deu principio a outra penitenciaria de idêntico regimen, a de Sing Sing (1825), construida pelos condemnados que depois se encerraram nas suas mil cellas<sup>1</sup>.

No entanto graves inconvenientes se notavam na penitenciaria de Pittsburg, onde, apesar do isolamento absoluto e sem trabalho, os encarcerados podiam corresponder se, pois que n'uma cella se sentia o que se passava na outra. Este defeito, que se filiava n'um erro de construcção do edificio, era aggravado pela falta de trabalho cujas desastradas consequencias já a prisão de Auburn houvera feito sentir; e ambos elles fizeram com que, depois de agitada a questão da reforma entre os partidarios do isolamento e os da nova disciplina de Auburn, a Pensylvania adoptasse ecleticamente para a penitenciaria de Cherry-Hill o isolamento nocturno e diurno de Pittsburg e o trabalho d'Auburn em cella solitaria, tratando de adequar-lhe as leis criminaes.

Os outros Estados da União imitaram os de New-York e Pensylvania; e por isso pôde affirmar-se que dous são os typos predominantes de regimen penitenciario na America—Auburn e Philadelphia (Cherry-Hill)—aquelle com isolamento de noite, trabalho diurno em commun e observancia do silencio, este com isolamento diurno e nocturno e trabalho cellular<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O systema de Auburn teve mais adeptos, e muitos Estados, seguindo-o, construíram penitenciarias, taes como: Massachusetts, Maryland, Tennessee, Kentucky, Maine, Vermont, etc.

<sup>2</sup> Vej. Chauveau et Hélic, obr. cit., tom. 1.º, pag. 127; Alan-

38. Na Europa foi depois de 1815 que o regimen penitenciario começou mais fortemente a emoci-nar o espirito publico.

As viagens e a propaganda de Howard e de Bentham na França, as reclamações do duque Gaëtan de Larocheoucauld-Liancourt em alguns escriptos notaveis, que foram reeditados, e outros trabalhos referentes ás prisões americanas haviam attrahido as atenções de todos para uma fôrma de regimen prisional que apregoava as mais puras idéas philantropicas—moralisação e emenda dos criminosos.

A iniciativa governamental<sup>1</sup> surge então e é auxiliada francamente pelo espirito de associação,<sup>2</sup> que trata de concorrer com a administração publica para a consecução dos melhoramentos que reclamam a religião, a moral, a justiça e a humanidade.

Signalam-se ainda depois d'isto os esforços de Livingston, que apresentára à Luisiania um codigo disciplinar de prisões<sup>3</sup> e interessára a Europa na investigação dos systemas prisoniaes dos Estados Unidos, as viagens officiaes de alguns homens distinctos que foram estudal-os<sup>4</sup> e os trabalhos que sobre o assumpto

zet, obr. cit., pag. 125; P. Latour, obr. cit., pag. 274; Faucher, obr. cit., pag. 180. A lei que ordenou o trabalho nas cellas solitarias de Cherry-Hill é de 29 d'abril de 1829, segundo notam Beaumont et Tocqueville, pois que havia quem, confundindo esta prisão com a de Walnut-Street, pensasse que n'ella se não admittia trabalho.

<sup>1</sup> Ordenança do ministro do interior de 9 de setem bro de 1814, instituindo uma prisão de ensaio.

<sup>2</sup> Funda-se em 1819 a Sociedade real para o melhoramento das prisões, com auctorisação e protecção do rei e sob a presidencia do duque d'Angoulême. Vej. os seus estatutos, approvados em 19 de maio, na obr. cit. de Faucher, pag. 288.

<sup>3</sup> Silva Mattos, obr. cit., pag. 3.

<sup>4</sup> Assim Beaumont et Tocqueville, Demetz e Blouet por parte

encetaram Charles Lucas, a quem se attribuiu a primeira historia e a primeira theoria do principio penitenciario, Béranger, Aylies, Faucher, Moreau Christophe, Larenty, Villermé, Laborde, Vivien, H. Carnot, Charton, Paillard Villeneuve, Danjon e outros.

Antes de 1830, mas depois da desorganisação e subsequente reconstituição da *maison de force* de Gand e da transformação da penitenciaria de Gloucester em simples prisão (bridewel), haviam-se creado as penitenciarias de Milbank na Inglaterra (1815 a 1822), de Genebra, Lausanne e Berne na Suisa (1822 a 1830) com o regimen cellula nocturno, exercicios e trabalho de dia e alguma communicação.

Nas idéas do governo francez de 1830 estava a adopção d'um systema, não de isolamento, mas de separação continua entre os reclusos com communicações beneficis e moralisadoras, quer internas quer externas.

Do exame do respectivo projecto de lei foi incumbida uma commissão da camara dos deputados de que faziam parte Saint Marc Girardin, Haussonville, Peyramont e outros e de que era relator Tocqueville, que fez acerca d'elle dous importantes relatorios (1840 a 1843)<sup>1</sup>.

Em 1840 o ministro Rémusat propoz o systema cellula para as detenções preventivas; e em 1843 o

da França, Crawford, secretario da Sociedade de Londres para o aperfeiçoamento das prisões, pela Inglaterra; e pela Prussia Julius, professor da Universidade de Heigelberg e auctor d'uma revista importante sobre prisões e estabelecimentos de utilidade publica.

<sup>1</sup> Vej. o ultimo relatorio na obr. cit. de Beaumont et Tocqueville, pag. 372.

seu successor Duchâtel estendeu-o á detenção condemnatoria com o maximo de doze annos, seguindo-se-lhe a prisão em commum. Posto a camara dos pares aceitasse esta ampliação do systema, restringiu-lhe todavia a maximo a dez annos e substituiu a prisão em commum pela expulsão do territorio continental francez.

Outro projecto se deve a Duchâtel, que quiz em 1847 dilatar a clauzura cellula a toda a duração da pena, substituindo as galés por casas de trabalhos forçados em que a reclusão podia durar tanto como a vida do preso; projecto, que foi relatado por Béranger e que não teve seguimento por causa da revolução de 1848.

Não foram estes os unicos esforços empregados para aperfeiçoar a reforma penitenciaria. No periodo da assemblea constituinte de 1848 organisou-se com esses intuitos uma commissão de que foi presidente Thiers e relator Faucher; em 1849 appareceram propostas reformadoras de Monet e em 1851 de Boinvilliers e de Dupetit-Thouars, que queriam conciliar a prisão cellula com a deportação e fundação de colonias penaes, mas os acontecimentos politicos da epocha obstaram ao exito calculado.

O governo francez chegou depois a renunciar ao systema penitenciario<sup>1</sup>; mas, suscitando forte reacção esta medida, appareceram a combatel-a com especialidade os esforços de Béranger, então presidente do tribunal de Cassação e membro do Instituto, que es-

<sup>1</sup> Circular do ministro do Interior aos prefeitos de 17 de agosto de 1853; E. Girardin, obr. cit., pag. 423.

creveu um livro notavel sobre repressão penal, sua reforma e effeitos<sup>1</sup>.

E não foi somente o governo francez. O da Prussia, depois de haver experimentado o systema cellulaer em varias prisões, mostrou-se desanimado e quasi que o abandonou; é certo porém que em 1856 se lhe dedicou com mais affinco, repercutindo-se o seu movimento em diversos estados allemães.

Parece que o pretexto de embaraços economicos levava o governo de Napoleão III a pôr de parte os trabalhos, medidas e providencias empregadas no aperfeiçoamento da reforma penitenciaria<sup>2</sup>, e por via d'isso é que esta reforma estacionou, porquanto se viu na França vigorar até 1860 o systema mixto de divisões cellulaeres e de vida em commum, que em 1875 decahiu pelo acolhimento mais accentuado do regimen cellulaer<sup>3</sup>.

Nos restantes estados da Europa o regimen penitenciario lançou raizes<sup>4</sup>, e é principalmente depois de 1830 que elle se projecta ou executa na Prussia, Baden, Baviera, Belgica<sup>5</sup>, Austria, Saxonia, Hungria,

1 Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, 1855.

2 Sobre as adoptadas para melhorar o systema cellulaer em França desde 1840 a 1853 vej. Memoria lida por Lélut á Academia das sciencias moraes e politicas na sessão de 15 de janeiro de 1853.

3 Silva Mattos, obr. cit., pag. 50.

4 Na substanciosa obra de Silva Mattos é digna de leitura a noticia resumida da evolução dos systemas penitenciarios adoptados nas diversas nações europeias; e é n'ella especialmente que colhemos as indicações dos mais notaveis edificios penitenciarios. Vej. tambem A. de Gouvêa, obr. cit., na parte que se intitula—resenha das principaes cadeias da Europa—e em que descreve as mais importantes prisões communs e cellulaeres da Gran-Bretanha, França, Suissa, Belgica, Hollanda, Prussia, Austria, Hespanha e Portugal.

5 A Belgica, notavel pela maior sympathia que dedica ao prin-

Wurtemberg, Dinamarca, Hollanda<sup>1</sup>, Suecia e Noruega, Italia<sup>2</sup>, Finlandia, Grecia, Suissa, Escocia, Hespanha<sup>3</sup>, Brazil<sup>4</sup>, Portugal, etc.

Da formação de varios congressos penitenciarios resultou não desconhecida influencia ao desenvolvimento e melhoramento do systema cellulaer. Esses concilios scientificos tiveram principalmente duas virtudes—conhecimento do estado da reforma, e discussão e solução de problemas attinentes ao seu progresso<sup>5</sup>.

cipio do isolamento, tem como prisões cellulaeres mais grandiosas as de Gand, Louvain e Bruxellas.

1 A Hollanda tem as de Arnham, Groningem e Utrech.

2 A Italia possui, segundo diz Silva Mattos, 9 prisões cellulaeres, observando-se n'umas a separação continua e n'outras o systema de Auburn; é certo contudo que Garofalo, obr. cit., pag. 221, diz que até ao presente só nas cidades de Milão, Turim, Cagliari e L'eruzza ha prisões cellulaeres e que todas as demais prisões são construidas conforma o antigo regimen dos dormitorios communs, não havendo em muitas separação alguma entre os detidos em prevenção e os condemnados.

3 Na Hespanha ha a recente cadeia cellulaer de Madrid e as penitenciarias de Mataro, Bilbao e Victoria.

4 O Brazil tem feito tentativas para melhorar as suas prisões, nota Silva Mattos. Este escriptor refere-se á prisão civil do Rio de Janeiro e casa de correção, onde se tem procurado introduzir os necessarios aperfeiçoamentos do regimen prisional, e diz que n'aquelle imperio ha tendencias para adoptar o systema das classificações progressivas de Crofton, visto que o systema actualmente seguido é um mixto do de Auburn e do irlandez, isto é, separação de noite e trabalho em commum durante o dia e em silencio, sendo os condemnados divididos em 3 classes correspondentes ao comportamento que tiverem e havendo a retrogradação ás classes inferiores no caso de infracção disciplinar.

5 Os principaes congressos penitenciarios que se tem reunido são os seguintes:—o de Frankfort-sur-le-main (1845), onde se tratou especialmente da applicação do encarceramento individual, da forma de construcção das prisões cellulaeres e se proclamou a necessidade da revisão das legislações penaes, da organisação da inspeção das prisões e de commissões de vigilancia, instituções de patronato e outras instituções complementares da reforma penitenciaria;—o de Bruxellas (1846 e 1847), que se occupou das casas espo-

Em muitas nações da Europa ganhou terreno o systema progressivo ou irlandez de Walter Crofton, tambem denominado gradual, porque n'elle o condemnado passa por diversas phases de bem estar até que consegue a liberdade provisoria, a todo o tempo revogavel. D'elle nos occuparemos adiante mais detidamente.

Este systema, o philadelphico e o de Auburn são na actualidade as formas mais characteristics do regimen prisional penitenciario.

39. Portugal não pretendeu subtrahir-se á influencia das outras nações pelo que respeita á instituição e progresso d'este regimen.

A lei de 29 de julho de 1839<sup>1</sup> instituiu uma casa de correcção e trabalhos no edificio do extincto convento de Xabregas, e em 1840<sup>2</sup> appareceu o regulamento d'essa casa penitenciaria, creando pessoal e fixando os seus deveres, dividindo os presos por clas-

---

cias de educação correccional;—o de Frankfort (1857), em que se preconizou o systema de isolamento e se votou a criação de colônias agricolas;—o de Londres (1872), que dividiu os seus trabalhos em 3 secções, relativas á legislação criminal, disciplina penitenciaria, vigilancia e sociedades de patronato e que deu popularidade ao systema irlandez;—o de Stockolmo (1878), que fez egual divisão para tratar da legislação criminal, instituições penitenciarias e instituições preventivas;—e o de Roma (1883), onde se ventilaram as mais importantes questões que se relacionam com o regimen penitenciario, especialmente quanto ao systema progressivo e seus estadios de penalidade.

Na impossibilidade de vasarmos em mais largos moldes esta materia indicaremos sobre ella Ortolan, obr. cit., tom. 2, pag. 103 e Silva Mattos, obr. cit., pag. 5, 183 e seg.

<sup>1</sup> Art.º 2 § unico.

<sup>2</sup> Decreto de 6 d'abril.

ses segundo o grau de criminalidade, admittindo o trabalho, preceituando absoluto e constante silencio de noite, nas horas do trabalho e das refeições e quer dos presos uns para com os outros, quer d'elles para com os empregados e operarios.

O codigo penal de 1852 não ligou a minima importancia á reforma penitenciaria; o que é devéras estranhavel, porquanto não ia longe o periodo mais ardente das luctas travadas sobre a excellencia do regimen cellular.

Alguns projectos e trabalhos se apresentaram depois,<sup>1</sup> foi porém a lei de 1 de julho de 1867 a que estabeleceu entre nós o systema penitenciario, mandando-o cumprir com absoluta e completa separação dos condemnados de dia e de noite, sem communicação de especie alguma entre elles, e com trabalho obrigatorio na cella para todos os que não fossem competentemente declarados incapazes de trabalhar em attenção á sua idade ou estado de doença, permittindo-lhes todavia as necessarias e devidas communicações com os empregados da cadeia, e a visita de parentes, amigos, membros de associações e outras pessoas dedicadas á sua instrucção e moralisação<sup>2</sup>.

Creou a lei de 1 de julho de 1867 tres cadeias geraes penitenciarias, uma no districto da Relação de

---

<sup>1</sup> Basilio Alberto, obr. cit., pag. 137. A. de Gouvêa, obr. cit., pag. 92, critica a proposta da lei organica de prisões, apresentada na sessão de 29 de fevereiro de 1860 da C. dos S. Deputados pelo então ministro da justiça, conselheiro Martens Ferrão.

Ha ainda uns relatorios sobre as prisões apresentadas ao governo em 1857 e 1858 por M. Thomaz de Souza Azevedo, que são importantes.

<sup>2</sup> Art.ºs 20 e 21.

Lisboa, outra no da Relação do Porto e a terceira, para os condemnados do sexo feminino, também n'este ultimo districto, designando o numero de cellas em cada edificio<sup>1</sup>.

Em 1871<sup>2</sup> foi auctorizado o governo a construir para a comarca de Lisboa uma cadeia civil, destinada a recolher os menores do sexo masculino e accommodada no convento das religiosas descalças de Santo Agostinho, denominado das Monicas; casa de detenção e correção com trabalho e com a liberdade provisoria, revogavel no caso de procedimento reprehensivel.

Em 1878<sup>3</sup> nomeou-se uma commissão encarregada de formular propostas de lei, tanto para a organização do quadro dos empregados das cadeias penitenciarias geraes, districtaes e comarcãs, como para o regulamento do serviço interno e do trabalho dos presos<sup>4</sup>.

Mandou-se pôr em execução parcial o systema de prisão cellular no anno de 1884<sup>5</sup>, e instituir-se o conselho geral penitenciario, regulando-se-lhe as attribuições, approvando-se e mandando-se observar o regulamento provisório da cadeia geral penitenciaria do districto da Relação de Lisboa.

1 Art.ºs 28 e 29.

2 Lei de 15 de junho. Vej. a respectiva proposta e relatorio d'ella no Diario da C. dos S. Deputados, sess. de 6 de maio do mesmo anno.

3 Decreto de 26 de dezembro.

4 Vej. Diario da C. dos S. Deputados, sess. de 29 de dezembro de 1883. Vid. tb. nota 4. pag. 43. d'esta obra.

5 Decretos de 20 de novembro, cujo conhecimento é indispensavel a quem queira saber da organização e regimen da primeira penitenciaria portugueza.

O regimen d'esta penitenciaria<sup>1</sup> é o da absoluta separação dos condemnados entre si, em cella propria, com trabalho u'ella ou em compartimentos proprios, podendo ter as necessarias communicções com os empregados da cadeia e sendo visitados, como acima se disse, por parentes, amigos, membros de associações e pessoas que se consagram á sua instrucção e educação<sup>2</sup>.

É o systema philadelphico modificado.

A lei de 1 de julho de 1867 deu indubitavelmente um grande passo no aperfeçoamento da legislação prisional, apresentando e adoptando a pena que melhor poderia substituir a de morte.

Segundo declara o relatorio da respectiva proposta<sup>3</sup>, essa lei, que cuidou da reforma das prisões não esquecendo a reforma da penalidade por virtude da

1 Unica concluida o a funcionar, embora depois da lei de 1 de julho de 1867 se inaugurasse a construcção de outras cadeias districtaes pelo projecto typo do engenheiro Ferraz. A cadeia geral penitenciaria de Lisboa, que na architectura e disposição interna se assemelha á de Louvain, compõe-se de varias alas que partem da capella como ponto central. Essas alas são: ala A com 74 cellas simples e 6 de castigo; ala B com 136 cellas simples; ala C com 78 d'ellas e 12 de castigo; ala D com 78 simples; ala E com 96 simples e 20 duplas; ala F com 74 simples. Total de cellas simples 536, total das duplas 20, e total das de castigo 18, as quaes todas sommam 574 cellas. Vej. Relatorio e propostas apresentadas á C. dos S. Deputados em sessão de 10 de março de 1884, pelo ministro da Justiça (Lopo Vaz), Lisboa, 1884, pag. 9.

A descripção resumida da penitenciaria central de Lisboa encontra-se no livro já citado do sr. A. A. Neves e Mello, ex pag. 88; e sobre a sua administração e regimen interno, etc., devem lêr-se os relatorios do respectivo director, sr. Jeronimo Pimentel, referentes aos annos de 1883 e 1884.

2 Artigos 3, 4 e 8 do regulamento provisório de 20 de novembro de 1884.

3 Publicado no Diario de Lisboa, n.º 19, de 1 de março de 1867.

intima conexão entre o systema prisional e a legislação penal, inspirou-se nos beneficos principios da emenda e reabilitação moral do criminoso, proclamando que este deixára de ser o inimigo irreconciliavel da sociedade e das leis.

E' facil de ver que foram esses os seus louvaveis intuitos; e, se os não realisou, traduziu ao menos um esforço e ensaiou uma experiencia para pôr termo ás degradações e miserias do antigo regimen das cadeias communs.

## QUARTA PARTE

PROBLEMAS PENITENCIARIOS

## QUARTA PARTE

### Problemas penitenciarios

*... nous distinguons au point de vue de la réforme pénitentiaire: 1.º l'action pénale; 2.º la garantie publique; 3.º l'influence moralisatrice; 4.º la protection du libéré.*

LEPELLETIER DE LA SARTHE

### CAPITULO I

#### SUMMARIO

40. Variedade e importancia dos problemas penitenciarios; duas questões a tratar sobre esse assumpto.—41. Necessidade da pena de prisão celllular deduzida da evolução do direito social de punir.—42. Demonstração d'aquella necessidade por considerações relativas ao estado e inconvenientes das prisões communs.—43. Vantagens do regimen penitenciario celllular; demonstração d'ellas pelo confronto d'este regimen com as penas de morte, de deportação e colonisação penal; inconvenientes que aquelle regimen elimina e melhoramentos a que dá origem; é o que traduz a penalidade preferivel.

40. Muitos e variadissimos são os problemas que acerca da prisão penitenciaria celllular poderiam discutir-se, quer pelo que respeita aos seus principios fundamentaes, ao exame dos systemas conhecidos e ao seu confronto com outras penas, quer pelo que toca aos edificios em si e ao aperfeicoamento do regimen interno e administração das cadeias penitenciarias.

E sob este segundo aspecto os problemas peniten-

ciários, attenta a complexidade do assumpto, não seriam menos vastos nem menos interessantes.

Situação e construcção dos edificios, sua hygiene, alimentação, instrucção e educação dos presos, trabalho, pessoal, gerencia economica, disciplina, etc., todos estes factos offereceriam só de per si largo campo a largas considerações: mas, alem do mais, a indole d'este trabalho impede-nos de lhe dar proporções que seriam descabidas.

Por isso sobre o assumpto apenas tocaremos duas questões de character mais generico, posto n'ellas envolvamos muitos dos pontos atraz alludidos.

Essas questões ou problemas são: 1.º Necessidade e vantagens do regimen penitenciario celllular—2.º Superioridade do systema prisional progressivo ou irlandes de Crofton.

41. Houve já occasião de alludir á necessidade da pena de prisão em geral, e de aventar que a prisão penitenciaria celllular não era mais do que um aspecto, uma manifestação ou condição pratica d'aquella.

Com effeito a historia da legislação criminal transmite-nos que em todo o tempo se empregou a pena de prisão, e que desde certa epocha esta pena tomou differente character, expiando-se em edificios apropriados e em condições especiaes muito diversas e superiores ás anteriormente adoptadas.

Esse character traduz a principio celllular, cuja necessidade se demonstra já por argumentos deduzidos das varias e successivas phases do direito de punir já indirectamente por considerações respeitantes aos multiplicadissimos inconvenientes das prisões communs.

Em face das theorias que estribavam o direito de punir na vingança mais ou menos modificada, na utilidade ou na mera conservação social, na rigorosa expiação do delicto ou no principio absoluto da justiça, seria licito avançar, se a pena de prisão celllular fosse então exposta ás considerações de critica, que ella apenas se justificava ou pelo maior soffrimento que pudesse occasionar aos criminosos ou pela impossibilidade de commetter maleficios a que os reduzia.

Os rigores do isolamento e a imposição do trabalho commum ou celllular tornavam mais severo o castigo, vingando os dictames da justiça absoluta, applicando a paixão do offendido ou fazendo respeitar os inauferiveis interesses da sociedade?

Então empregasse-se essa pena, determinasse-se o isolamento, impozesse-se o trabalho, dictasse-se a repressão, proclamasse-se o terror...

É assim que os sectarios d'aquellas theorias, preterindo por completo a regeneração moral do individuo, poderiam fallar; e, se as prisões taes quaes tem existido originassem ou podessem originar aquelle soffrimento e aquelles rigores, o aperfeçoamento da pena de prisão em sentido favoravel ao criminoso devia ser-lhes uma questão indifferente senão odiosa.

E era e foi por muitos seculos infelizmente.

Mas na ordem social não ha immutabilidades.

A philosophia fez progredir o direito penal; uma concepção mais racional e humanitaria da idéa de castigo obrigou os criminalistas a attenderem á pessoa do delinquente, e a moralisação d'este, considerada como assumpto momentosissimo nas legislações criminaes, tornou-se sem discrepância um dos fins primarios da penalidade.

O que a philosophia realisou no seculo 18 havia-o tentado fazer antes, preciso é dizer-se, a caridade religiosa inspirada pelo Evangelho.

A instituição dos diaconos e diaconisas nos primeiros seculos do christianismo era na essencia uma associação de mutuo auxilio, em cujo plano entrava a visita aos encarcerados para os confortar e moralisar; e ha quem veja n'esta instituição o germen das confrarias entre os quaes, pelos seus intuitos piedosos, se distinguio a da Misericordia no seculo 16.

S. Carlos Borromeu, bispo de Milão, dedicou-se na sua ardente caridade á refôrma das prisões e S. Vicente de Paula, que fôra escravidado na Tunizia, consagrou a sua vida ao allivio dos presos e forçados, sendo pelos seus esforços que Luiz XIII, de França, o nomeou esmolér-mór das galés e que os seus contemporaneos lhe chamavam o *intendente da Providencia*<sup>1</sup>.

Acolhida pois assim e acalentada esta phrase da punição era naturalissima e logica a sua mais ou menos rapida manifestação; e é para notar que, surgindo ella ou ao menos aperfeiçãoando-se nas idéas renovadoras do seculo passado, logo n'esse mesmo seculo a instituição se seguisse ao principio, o facto traduzisse a concepção e as cadeias penitencia-rias surgissem ao lado das prisões communs.

42. O preso nas antigas cadeias de regimen promiscuo corrompia-se ao contacto de outros dotados

<sup>1</sup> Wouters, *Historiae ecclesiasticae compendium*, Lovanii, MDCCCLXXI, tom. I, §§ 12 e 24.

de indole mais perversa, contrapoz-se a esse mal o antidoto da incommunicabilidade; desmoralisava-se nas reciprocas conversas, obstou-se a esse defeito determinando-lhe o silencio; prejudicava-se physica e moralmente com a inacção, impoz-se-lhe o trabalho; bestialisava-se na ignorancia e no esquecimento dos deveres moraes e religiosos, forneceu-se-lhe o ensino litterario e professional e estatuiu-se-lhe a pratica d'aquelles deveres.

Este novo character do regimen prisional, exigindo profundas alterações na organização das cadeias, originou novos systemas. Para satisfazer áquellas alterações crearam-se edificios penitenciaris, e o regimen n'elles adoptado chamou-se *cellular*.

Na verdade as prisões communs, aquellas em que os presos vivem á mistura havendo apenas a indispensavel separação dos sexos, tem defeitos e inconvenientes gravissimos que facilmente se reconhecem e lamentam.

Não póde duvidar-se, em frente das mais notorias e elementares exigencias hygienicas, que é preferivel a detenção em cellas ou quartos separados ao ajuntamento dos presos em salas de maiores dimensões. A viciação atmospherica é o primeiro resultado funesto das agglomerações dos individuos, porque a inflação do ar mephitico acarreta effeitos deploraveis ao organismo<sup>1</sup>. Ora, sendo o systema de cella individual, con-

<sup>1</sup> Cruveilhier, *Éléments d'hygiène générale*, Paris (biblioth. uti-li) pag. 52, conta que em um processo celebre que teve logar na Inglaterra, no seculo 17, e que attrahira á sala das sessões do tribunal um consideravel numero de pessoas, a atmospherica respirada durante os debates occasionou um typho que fez mais de duzentas victimas.

venientemente empregado, mais propicio ás prescripções da hygiene, é axiomatico que, sob este ponto de vista, é elle mais vantajoso do que o systema contrario.

Dizemos convenientemente empregado, e n'outra parte completaremos esta idéa.

Beaumont e Tocqueville<sup>1</sup>, querendo mostrar quanto é funesto o regimen das prisões em commum, referem que os presos das cadeias centraes de França morrem na proporção de 1 para 14, enquanto que nas penitenciarias americanas a media dos obitos é de 1 para 49.

A mesma observação faz o sr. Azevedo Castello Branco<sup>2</sup> dizendo: «Desde 1866 a 1870 os fallecimentos occorridos nas prisões departamentais em França foram 3:558, o que corresponde a uma media de 4,3 por cento, e nas cadeias centraes foram 2:856, que dão uma media de 3,8 por cento. Nestas cadeias o regimen é colectivo. Nas prisões cellulares do departamento do Sena, os obitos por doença foram os seguintes: em Mazas, desde 1850 a 1873, 314 com uma media de 1,2 por cento; na Roquette 125 com uma media de 2 por cento, no periodo de 21 annos, e na Santé 53, media 2,2 por cento, no periodo de 7 annos.

N'um relatorio do mr. Berden, em 1869, vê-se que a media dos obitos nas prisões de Gand, Ville Vorde e Saint-Bernard, de regimen colectivo, foi de 2,95 por cento nos annos decorridos de 1831 a 1860, e de

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 178 e 137.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 20, nota.

1,31 por cento na cadeia cellular de Louvain nos annos de 1863 a 1865.

No periodo de 1860 a 1873, na mesma penitenciaria, foram 103 os decessos, o que corresponde a uma media de 1,4 por cento.

Nas cadeias cellulares de Hollanda, desde 1861 a 1872, a mortalidade foi 0,7 por cento sobre uma população media de 2:881 presos, e nas cadeias de regimen em commum a proporção da mortalidade foi de 2,4 por cento sobre uma população media de 26:492.

A communicação illimitada dos presos com seus parentes, amigos e outras pessoas, á qual, pelo estado e fórma dos edificios das cadeias, os carcereiros e guardas não podem proficuamente obstar, é, porque cria relações perturbadoras da disciplina prisional, uma das maiores causas da sua corrupção; pois que a livre communicação dos presos entre si deve assignalar-se como o maior defeito da detenção em commum. D'ella resultam as conversações indecorosas, as confidencias de crimes passados, as combinações de crimes futuros<sup>1</sup>, as desordens, o mau exemplo dos presos petulantes, as relações torpes e ignobeis nocivas á alma e ao corpo, e tudo isto, é claro, em vez de morigerar o condemnado, perverte-o e estraga-o.

Outra causa de desmoralisação é o mau emprego

<sup>1</sup> Rossi, dizia que, contando-se os criminosos enviados ao pabulo só pelos crimes aproulidos e incitados nas prisões, se poderia perguntar se a abolição de toda a penalidade não seria para o homem um meio mais efficaç de protecção. Vej. Relatorio da proposta do ministro Sa Vargás para reforma do Código Penal no Diario da Camara dos Senhores Deputados, sessão de 6 de maio de 1871; A. Ayres de Gouvêa, obr. cit., pag. 83 e seg.

dos lucros que o preso adquire nos trabalhos que executa. Não sendo obrigado a depositar qualquer parte d'esse peculio, nem para os reparos das cadeias, nem para a família nem para elle no acto da soltura, depende-o todo em superfluidades, quasi sempre bebidas alcoholicas e tabaco, e d'esta fórma não só contrabe necessidades facticias e maus costumes como tambem não dá ao dinheiro uma applicação de futuro proveitosa<sup>1</sup>.

Alem d'isso não será difficil constatar que o sustento fornecido aos presos nas cadeias communs é insufficiente e o regimen alimenticio muito variavel, de modo a não corresponder ás necessidades da vida organica, e este defeito é decerto menos sensivel nas cadeias de regimen cellullar; pois os factos demonstram que as substancias alimentares são meliores e mais cuidadas e ordenadas as respectivas tarifas.

Evidencia-se pela enumeração d'alguns inconvenientes apenas, que a lamentavel situação das cadeias communs exigia terminantemente uma reforma que

<sup>1</sup> A lei de 1 de julho de 1837, art. 23, determina a applicação do producto do trabalho dos presos: «O producto do trabalho de cada preso será dividido em quatro partes eguaes, uma para o estado, outra para a indemnisação, a haver logar, da parte offendida, outra para soccorro da mulher e filhos do preso, se o precisarem, e a quarta finalmente para um fundo de reserva, que lhe será entregue quando fór posto em liberdade. § unico. Quando o preso não tiver mulher nem filhos, ou nem aquella nem este precisarem, nem haver logar a indemnisação ou o condemnado tiver bens por onde a mesma possa ser satisfeita, a parte reservada a qualquer d'estas applicações pertencerá ao estado».

A Nov. Ref. Pen., art. 51, e depois o novo Cod. Pen. art. 61, tornaram extensiva esta applicação ao producto do trabalho adquirido no cumprimento da pena de prisão maior temporaria, dentro de fortaleza, cadeia ou estabelecimento publico.

corlasse os abusos notados, nascidos não só da sua pessima organização como tambem da sua administração lastimosa.

A ociosidade, que o rifão popular denomina a mãe de todos os vicios, devia contrapor-se o trabalho, a communicação e mistura dos presos o silencio e a separação, e emfim a um regimen desmoralizador e variavel um regimen severo e uniforme.

D'aqui a ineluctavel necessidade do principio penitenciário que tratou de obviar áquelles defeitos, estabelecendo aquelle regimen.

43. Quanto ás vantagens, que em regra, offerece ao individuo e á sociedade o regimen penitenciario cellullar Beaumont et Tocqueville synthetizam-nas n'estas palavras<sup>1</sup>. «Entende-se que dous entes pervertidos, reunidos no mesmo logar, devem mutuamente corromper-se: separam-se. Aturdiu-os e desvairou-os a voz das suas paixões ou o turbilhão do mundo: isolam-se e levam-se assim á reflexão. Perverteram-nos as communicações com os maus: condemnam-se ao silencio. Depravou-os a ociosidade: obrigam-se a trabalhar. Impelliu-os ao crime a miseria: ensina-se-lhes uma proficção. Violaram as leis do paiz: inflinge-se-lhes uma pena. A sua vida está protegida e o sen physico salvo, mas a nada se compara o seu soffrimento moral. São desgraçados, merecem sel-o. Morigerados serão um dia felizes na sociedade, cuja leis hão de respeitar».

Não são menos eloquentes os elogios de H. Hello:

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 182.

«O systema penitenciario é uma concepção da mais commovente moralidade. Emprehender, senão a reconciliação do criminoso com a sociedade, ao menos a renúncia das suas hostilidades contra ella, mudar os seus hábitos, desempenhar na prisão as funções da familia, transformar o castigo em um meio de educação, é transcender o que a historia conta dos tempos primitivos, em que os oradores e os poetas poliam apenas os barbaros, ao passo que a civilização moderna tomou a seu cargo converter homens viciosos. E o mais sublime dos apostolados, é a missão d'um anjo»<sup>1</sup>.

Não obstante as objecções com que se tem attacado a principio da instituição cellular, algumas das quaes baseadas na lesão do direito de liberdade do delinquente e no indiscutível instincto de sociabilidade inherente a todo o homem, a pena de prisão penitenciaria cellular, razoavelmente entendida e empregada, é aquella que em geral melhores resultados pode trazer ao criminoso e á sociedade<sup>2</sup>.

Bannida dos sentimentos da maior parte dos criminalistas a pena de morte<sup>3</sup>, odiada por muitos d'elles a de degredo<sup>4</sup>, resta por exclusão, entre as penas prin-

<sup>1</sup> Alludido por Lepelletier de la Sartre, obr. cit., pag. 231.

<sup>2</sup> É ardente mente propagada por P. de Latour, obr. cit., pag. 279 e seg., além de muitos outros escriptores.

<sup>3</sup> Porém os modernos criminalistas da escola positiva defendem a pena de morte applicada aos grandes criminosos instinctivos, que podem considerar-se seres moralmente degenerados até ao extremo e perfeitamente insociaveis.

É interessante a obra de Baudouin, *Plus d'émulation!* Paris, 1833, indefesso antagonista de pena de morte.

<sup>4</sup> Vej. A. de Gouvea, obr. cit., par. 62; Rossi, obr. cit., pag. 451; Basilio Alberto, obr. cit., pag. 119; Lepelletier, obr. cit., pag. 374; E. Girardin, obr. cit., pag. 82 e seg.

O relatório do regulamento das cadeias de 12 de dezembro de

ripaes, a de prisão e determinadamente a de prisão cellular.

Tem-se sustentado por um lado que a pena de morte não é pessoal, nem igual, indivisivel, exemplar ou reformadora e antes é irremissivel, irreparavel, immoral, incompativel com a natureza humana e com os verdadeiros principios da sciencia penal.

Demonstrou-se assim, e ainda bem, a these de Voltaire: *Un pendu n'est bon à rien*, e respondeu-se á interrogação do apostolo: *Ubi est mors victoria tua?*<sup>1</sup>.

Por outro lado não têm sido bem recebida por muitos criminalistas a pena de degredo nem a idéa de formação das colonias penaes, não obstante dizer-se que esta pena é a unica, não fallando na de morte, que livra a sociedade da presença do criminoso.

Para combater a deportação accentúa-se que não é ella uma pena efficaz, e que não pode substituir a pena de morte por falta de sufficiente intimidacão, sendo por isso anti-correcional e inexemplar<sup>2</sup>.

E quanto ás colonias penaes, productos d'aquella, avança-se que são, ou anti-economicas por serem fundadas em regiões despovoadas, ou injustas, no caso inverso, por irem contaminar populações não viciadas, que aliás as repellem<sup>3</sup>.

1872 diz que a pena de degredo não é exemplar nem moralisadora, devendo tam somente ser admittida como complementar n'um bom regimen penitenciario.

<sup>1</sup> Epist. ad Corinth., c. XV 55.

<sup>2</sup> P. de Latour, ob. cit., pag. 174.

<sup>3</sup> Assim succedea com a colonia ingleza do Cabo. Vej. As colonias da Africa Austral por Blerzy, artigo publicado na *Revue des deux mondes*, janeiro de 1878, alludido pelo sr. Neves e Mello, obr. cit., pag. 131.

A Hollanda, paiz eminentemente colonial, tinha no seu codigo

Com effeito a rigorosa e conveniente colonisação penal é talvez um impossivel. Parecerá mesmo um sonho crear uma sociedade nova e sã com os elementos mais impuros, e por tanto os menos laboriosos e aproveitaveis, d'outra sociedade, e fundal-a demais d'isso sem o lar, sem a familia, tendo por base a prisão, por lei os mais duros castigos e por antecedente historico a infamia!

A colonisação penal da Inglaterra mostrou bem a impossibilidade de transformar em cidadãos hordas de

---

penal a deportação, mas não a applicou. Ultimamente expungiu-a do código promulgado no anno de 1836.

Pols, em correspondencia com o criminalista italiano Martino Scalia, apreciava assim a deportação e a colonisação penal: «A colonisação e mais ainda a deportação de um europeu para os paizes tropicaes é uma pena de morte aggravada e um arder a fogo lento. E' verdade que os partidarios da colonisação e da deportação allegam que sempre se ha procedido mal e não se tem tomado as precauções possiveis, mas eu não vejo que frequentemente se procedesse com deploravel negligencia e falta de criterio. E' facto que em nenhum paiz tropical se tem conseguido estabelecer uma colonia agricola ou industrial de raça branca. E' o que tem acontecido com os inglezes e ninguem lhes nega o genio colonizador. Debaixo dos tropicos ainda não poderam estabelecer uma população de raça ingleza. Os brancos são proprietarios, commerciantes, empregados, soldados, mas o trabalho agricola é exercido pelos indigenas negros ou creoulos. Ora se todos os tentamens de colonisação europeia sob os tropicos tem sido baldados, se os colonos livres escolhidos entre os elementos mais sãos, mais vigorosos, mais activos, habituados a uma vida dura, laboriosa, sobria, auxiliada com a presença e assistência de suas mulheres e filhos, estimulados pelo desejo e pela esperanza de adquirirem meios de vida honrada e commoda, não têm encontrado ali senão a morte prematura, a ruína e a desesperação, que resultado pode esperar-se da deportação dos criminosos a maior parte dos quaes tem gasto as suas forças physicas e moraes com excessos e vicios e nos quaes seria illusão querer achar aquella energia, aquella coragem moral e aquella nobre ambição que só pôde fazer triumphar de todos os perigos e difficuldades um colono livre?». Vej. Revista de disciplina carcerarie, IV anno, cit. por A. Castello Branco na Rev.<sup>a</sup> do Foro Port., 2.<sup>o</sup>, pag. 109.

malleitores (§ 46); e, se as colonias de Nova Galles do sul prosperaram excepcionalmente, foi isso devido a concorrência voluntaria e livre, que desde 1820 fôra absorver a deportação como o numero des emigrantes absorvera o dos conviebos.

E' talvez por isso que Marquerie, governador d'uma colonia penal, caracterisando-a, disse: «Não conheço na colonia senão duas classes—uns que já foram condemnados, outros que merecem sel-o!»

Os partidarios do regimen cellular avançam mesmo que a inefficacia da deportação é um factor da criminalidade, e exemplificam com algumas colonias penaes inglezas, fundadas no principio do seculo, em que o accrescimo dos crimes originou um inquerito pela Camara dos Communs, onde muitas vozes, condemnando o systema da deportação, pediram a substituição d'elle pelo systema penitenciario.

E dizem ainda que, se a deportação permaneceu como castigo de crimes, foi isso devido á difficuldade de retroceder em ladeiras funestas e tenebrosas. Haviam-se gasto sommas enormes com o estabelecimento de colonias penaes, inutilisal-as era um sacrificio!

Accrescia a isto o egoismo da sociedade que o que pretendia a todo o custo era desembaraçar-se da população dos malleitores.

Ora esta baixa cotação das penas de morte e de deportação no mercado scientifico é um argumento em favor da prisão ceilular, que, não sendo irreparavel e anti-natural como aquella, possui muitas das vantagens d'esta e outras privativas. No systema penitenciario ha a sequestração mais ou menos dilatada que pelo desaparecimento do meio social intimida; ha o isolamento que, destruindo a mutua corrupção, ou pu-

rifica ou pelo menos não deixa contaminar; ha o trabalho que, desgarrando a ociosidade sempre pernicioso, entretém a actividade do criminoso vigorizando-o; ha enfim o ensino que illustra e a pratica religiosa que moralisa e educa.

Tem difficuldades como toda a instituição humana, mas, dadas as modificações que a justiça e o sentimento philantropico hão de constantemente suggerir, pois que o progresso é uma lei indefectivel, o regimen penitenciario cellular deve traduzir e realisar a melhor das penalidades, não porque entendamos, como alguns optimistas exaggerados, que ainda virá uma epocha de reforma radical, na qual a justiça, mercê d'ella, não terá crimes para punir—o reinado de Astrêa ou a republica de Paturot!—mas porque este regimen, depurando o individuo e garantindo a sociedade, é a que mais se approxima d'aquella santa e idealissima utopia.

## CAPITULO II

### SUMMARIO

44. Tres fórmãs de regimen penitenciario—philadelphico, de Auburn e progressivo, gradual ou irlandez; bases para julgar da sua superioridade relativa.—45. Discussões sobre a comparação entre os dous primeiros; opinião e critica de Charles Lucas.—46. Systema eclectico ou mixto e systema de prisão individual; desenvolvimento do systema penal progressivo; suas phases ou períodos de penalidade.—47. Elementos ou condições d'um bom systema penitenciario.—48. Rejeição do cellularismo continuo demorado; salubridade das cadeias; influencia do isolamento na mentalidade dos reclusos.—49. Utilidade e necessidade do trabalho penal; rejeição da apreciação de Ortolan acerca do trabalho penal exterior.—50. Opinião sobre o trabalho colectivo silencioso.—51. Instrução intellectual e professional dos presos e sua necessidade; educação; meios internos e externos; patronato; religiosidade; influencia das communicações moralisadoras; cathogorias.—52. O systema progressivo é o que melhor acolhe as idéas e elementos que justificam o regimen penitenciario; liberdade condicional; proposta do sr. José Luciano a respeito d'ella; argumentos de Beltrani Scalia; o systema progressivo é o mais consentaneo com a actual instituição do jury.—53. O systema irlandez adapta-se á noção complexa do fundamento da penalidade; harmonia d'esto systema com a doutrina que sobre o direito de punir se parfilhou; a sua acceitação não importa a adopção rigorosa da theoria correccionalista.—54. Difficuldades do systema, conclusão.

44. Viu-se já que hoje se distinguem principalmente tres typos ou fórmãs de regimen penitenciario—philadelphico, de Auburn e progressivo ou irlandez; e agora convem indagar qual d'estes tres systemas é o que praticamente traduz maior numero de vantagens individuaes e sociaes.

O problema importantissimo aqui formulado não poderá estudar-se sob um ponto de vista exclusivo, ou só do individuo ou só da sociedade; pelo contrario, em harmonia com os principios que acima expendemos,

deverá elle resolver-se tambem em attenção ás doutrinas que explicam a natureza e fim complexo da penalidade.

O melhor systema penitenciario deve ser pois aquelle que, alliando o principio da expiação com o da utilidade social, não esquecer que qualquer pena tem em vista, como um dos seus fins capitaes, a regeneração do delinquente pelo emprego dos meios idoneos e convenientes.

45. Discutiu-se muito entre os criminalistas a super-excellencia relativa dos systemas de Philadelphia e de Auburn, mas, como sensatamente lembrou o relatorio da commissão de revisão do codigo penal de 1852<sup>1</sup>, «já passou a epocha em que os sectarios d'estes dous systemas só na formula exclusiva de cada um achavam a resolução do regimen penitenciario, não vendo que qualquer d'elles se limitava a um unico ponto d'esse regimen—o das communicacões—sem attender ao tratamento physico e moral e ás medidas de transição para a sociedade».

N'essas discussões o systema philadelphico teve assecclas que o exalçaram, fazendo-o observar nas penitenciarias de Cherry-Hill e Pittsburg e adoptar na França, Dinamarca, Suecia, Noruega, Belgica, Hollanda, Hungria, Toscana, etc.; mas tambem o de Auburn teve partidarios e foi aeeeite mais ou menos modificado em New-York, Baltimore, Columbia, Sardenha, Suissa e Inglaterra.

<sup>1</sup> Relatorio já citado, pag. 63.

Escusado será referir que tanto um como outro d'estes systemas foram fortemente impugnados; e em França o criminalista Charles Lucas, cuja auctoridade era grande por ser o inspector geral das prisões, chegou a negar, talvez por espirito de patriotismo, que nos Estados Unidos houvesse systema penitenciario<sup>1</sup>, e a desdenhar de Beaumont et Tocqueville por dizerem que era facil á França possuir um bom systema, bastando para isso escolhel-o n'aquella florescente republica.

Ch. Lucas, para quem os systemas americanos têm o character uniforme de impedir a corrupção mutua e de produzir a intimidacão, faz notar que este fim *unitario* o attingem elles por dous principios *diversos*—o da solidão e o da reunião; e, apontando este por assim dizer peccado original d'aquelles systemas, critica depois as organisações das penitenciarias typos de Auburn e Cherry-Hill, mais, é verdade, por não se garantirem n'ellas as verdadeiras formulas de cada systema, cuja observação não crê rigorosa, do que pela justiça ou conveniencia d'aquellas mesmas formulas e principios.

Assim, quanto a Cherry-Hill, mostra que esta prisão não attinge aquelle duplo fim—impedimento da corrupção mutua e sufficiencia de intimidacão—já porque as communicacões entre os detidos não se acham rigorosamente evitadas<sup>2</sup>, já porque a solidão, base do

<sup>1</sup> Este mesmo escriptor refere algures que é dar muita honra á reforma americana explical-a por um motivo elevado e generoso de aperfeçoamento moral e social, e que sob este aspecto a civilização americana, por ser uma civilização fiscal, que reduz tudo a dinheiro, não vale a européa!

<sup>2</sup> Em Cherry-Hill, alem dos visitadores officiaes, os presos communicavam com outras pessoas que, por motivos de alta importan-

systema, não é de tal ordem que possa produzir a intimidção prevista. Pelo que respeita á prisão de Auburn, tirando partido das narrativas de Beaumont et Tocqueville, Demetz e Crawford, observá a mesma inexecução do principio, n'ella adoptado, da reunião diurna e silenciosa<sup>1</sup>.

46. Das discussões sobre a superioridade relativa d'estes dois systemas, em que tomaram parte os criminalistas mais notaveis do meado do seculo, nasceram outros que procuraram harmonisar aquelles principios, introduzindo-lhes as modificações reclamadas pelas melhores opiniões sobre o assumpto.

Assim appareceu mais tarde um systema mixto ou eclectico que aproveitou as bases do de Auburn, acrescentando-lhe o recolhimento dos presos em dormitorics communs—o que deu funestos resultados<sup>2</sup>—e depois, em reacção a elle, o systema de prisão individual e separação absoluta dos presos entre si, com a communicação para cada um d'elles em separado, trabalho, instrucção e distrações; systema que não teve melhor sorte quando se tratou de o experimentar em algumas prisões cellulares.

cia, o comitê de inspectores admittisse. Ch. Lucas, obr. cit., tom. III, pag. 534.

<sup>1</sup> Ch. Lucas cita um trecho de Demetz, onde este escriptor diz que as communicações em Auburn, tanto por palavras como por signaes, são diarias. Obr. e tom. cit., pag. 514.

<sup>2</sup> Vej. Moreau Christophe, Sistemes penitentiaires, artigo publicado no Dictionnaire de l'économie politique, Paris, 1853, tom. II, cit. no Relatório da commissão revisora do código penal de 1852, pag. 64.

O systema prisional progressivo ou irlandez, denominado ainda por alguns systema das classificações ou graduações, tinha de nascer d'esta lucta e desenvolver-se d'estes esforços; foi porem a legislação criminal ingleza aquella que, na sua evolução, provocou mais poderosamente o seu apparecimento e propaganda.

A Inglaterra, cahida em desuso a pena de morte, quasi que não empregava outro castigo alem da pena de deportação, que, podendo ser perpetua, tinha comtudo o minimo de sete annos. A America do norte e depois a Australia foram os paizes destinados por ella para receber e supportar os bannidos da patria, os quaes, como era de prever, fundaram colonias; mas a emigração livre, assustada pelo augmento da criminalidade, tratou de repellir a deportação por meio das mais energicas queixas e protestos (§ 43).

Estas queixas e protestos, o movimento assustadoramente ascencional da delictuosidade e a nulla intimidção do exilio penal, apressando a abolição d'este, promoveram o maior acceptamento do regimen cellular<sup>1</sup>.

Comtudo a abolição foi parcial, por quanto a deportação ficou, embora sem caracter definitivo, a subsistir em algumas colonias; é certo porem que em breve o gravissimo estado d'estas obrigou ao expediente de enclauzular previamente os delinquentes na penitenciaria modelo de Pentonville, edificada ao norte de

<sup>1</sup> Os elementos que Crawford trouxe da sua visita official ás prisões americanas foram aproveitados na lei de 1835, que reformou o systema physico, moral e administrativo das prisões inglezas.

Londres e posta a funcionar em 1842, a fim de os moralisar pelo ensino escolar e profissional e de os remetter depois, merecendo-o, para as colonias, com o *ticket of leave* ou senha de liberdade condicional.

Por este meio não desaparecia de todo a deportação; e porisso, attendendo ás reiteradas lamentações das colonias, o *bill* de 20 d'agosto de 1853, completado mais tarde pelo de 26 de junho de 1857, substituiu aquella pena pela chamada *penal servitude* (servidão penal).

Quer o degredo, quer a *penal servitude* tinham em primeiro logar nove mezes de clauzura cellular continua nas penitenciarias de Pentonville, Wakefield, Leeds, Leicester, Milbank ou Pert e depois o periodo illimitado de trabalho forçado collectivo em pontos determinados.

A *penal servitude*, cujo minimo era de sete annos, fazendo dar o *ticket of leave* para terras da metropole, taes como Portland, Portsmouth, Chatam, Wolwich, ás vezes Gibraltar e as Bermudas,<sup>1</sup> o que até então não succedera, differia n'essa parte do systema de deportação.

Em 1864 appareceu outro *bill* que, mantendo os dous periodos—isolamento e trabalho collectivo—preconizou o systema da liberdade provisoria revogavel, ao qual se deu o nome de irlandez ou de Crofton pelo grande exito que este penitenciarista, benemerito director das prisões da Irlanda, lhe proporcionou n'este paiz, onde o iniciára, desde 1857.

A Irlanda admittiu ainda entre o segundo periodo

<sup>1</sup> Lélut, Mém. cit., pag. 21.

(trabalho collectivo) e o terceiro (libertação) a prova das *cadeias intermediarias* ou prisões de regimen mais benevolo, onde os condemnados tinham de viver durante algum tempo, preparando-se para o regresso á vida social.

A fruição da liberdade condicional na propria Inglaterra sem a menor vigilancia sobresaltou o espirito publico, poderam porem acalmal-o dos *bills* de 1869 e 1871, estabelecendo uma tal ou qual vigilancia policial, e as restricções do retorno da prova do trabalho commum ao *solitary confinement* e cassação do *ticket of leave* quando se tornasse immercedo.

Resumiremos da obra do sr. Silva Mattos<sup>1</sup> a descripção que elle apresenta da constituição e successão dos periodos penaes do systema irlandez, os quaes são: o isolamento, attenuado, do regimen philadelphico, o trabalho collectivo de Auburn—aquelle para satisfazer á intimidacão e este para obtemperar ás exigencias da natureza—, a prisão intermediaria e a liberdade condicional—aquelle como preparacão para a vida extra-prisonal e esta como ultima e mais saliente recompensa da emenda e rehabilitacão do criminoso.

A clauzura cellular dura nove mezes, reductiveis a oito no caso de bom procedimento, e não é tam rigorosa que aos encarcerados se não permittá a reunião na capella, o passeio d'uns apoz outros e a communicacão, com o pessoal da prisão. Nos tres primeiros dias o trabalho é mais aspero e o sustento escasso e

<sup>1</sup> Pag. 53 e seg. Ch. Letourneau, Physiologie des passions. Paris, 1858, pag. 225, dá uma resumida noticia do systema do capitão Walter Crofton inaugurado na penitenciaria de Mountjoy na Irlanda.

fraco, mas as provas de bom comportamento vão diminuindo estes rigores, a ponto de se consentir ao preso, nas horas do trabalho, a abertura de meia porta da cella.

A vida collectiva, que caracteriza o segundo periodo, é apenas diurna e durante o trabalho adequado ao sexo do preso. Tem quatro periodos ou classes, cuja duração respectiva é proporcional á duração integral da pena, mas o encarcerado pode conseguir uma redução no tempo de cada classe pela obtenção de um certo numero de signaes ou marcas significativas da sua boa vontade e zeio no trabalho; assim como, dado o caso de procedimento reprehensivel, retrográda na classe. Os lucros que provêm d'esse trabalho são-lhe concedidos a titulo exclusivo de recompensa.

A prisão intermediaria effectua-se em estabelecimentos proprios, agricolas e industriaes, onde já não ha o uniforme penitenciario e nem é vedada a comunicação da população livre. As mulheres cumprem esta provação em casas de refugio, nas quaes trabalham em mesteres compatíveis, sob a vigilancia de pessoas religiosas ou associações de patronato.

Solto finalmente o condemnado, fica ainda obrigado a declarar o local da sua residencia, onde a policia lhe entregará o peculio de reserva, e a apresentar-se mensalmente ao official de policia respectivo, que é competente para receber a previa notificação de qualquer mudança de domicilio, levando-a ao conhecimento do chefe policial do districto. O *ticket of leave* é revogavel, e o delinquente regressará á prisão, sem attenção ao tempo de libertação provisoria, se descuidar aquellas prescripções ou tornar irregular o seu *modus vivendi*.

47. Os elementos ou condições essenciaes que combinados devem servir de base a um bom systema penitenciario são, a nosso ver, a expiação, a intimidação e a correcção ou emenda.

A expiação é justificada pelo principio da remuneração; a intimidação pelo da utilidade social e a correcção ou emenda especialmente pelo interesse do criminoso, pois que o é tambem pelo interesse da sociedade.

O primeiro satisfaz a justiça, o segundo attende á segurança common e o terceiro propõe-se ao melhoramento do agente do delicto, isto é, ao bem individual. Assentes estes principios, de que já nos occupamos n'outra parte (§§ 32 e 33), o mais perfeito dos systemas penitenciaros deverá ser aquelle que, na sua effectivação, melhor traduzir a idêa de justiça, conseguir a intimidação social e fomentar a regeneração do delinquente.

E estes effectos tem-se pretendido realisal-os cumulativamente, como passamos a demonstrar, no regimen penitenciario pelo isolamento ou privação de communicações, trabalho, disciplina, silencio, instrucção, educação, penalidade graduada, libertação, etc.<sup>1</sup>

48. Reprovamos o isolamento do regimen philadelphico ou de prisão cellular com separação continua, quanto ás penas de longa duração, pelo defeito, que se lhe attribue, de ser contrario á natureza do homem,

<sup>1</sup> Sobre trabalho, castigos, instrucção e moralisação, vej. Ayres de Gouvêa, obr. cit., pag. 121 a 143.

para quem a sociabilidade, mais do que unica simples qualidade, é uma condição imposta á sua conservação; e, conseguintemente, pelos effeitos perniciosos que na sua exaggeração pôde trazer á vida e á fazção humana, a saber: o definhamento, o embrutecimento, o desespero ou a loucura.

Concordamos em que se restrinja ao criminoso o exercicio do direito absoluto de liberdade, e que para tanto se retire do meio social; porque essa restricção traduz a acção penal, que alguém chega a considerar a primeira e principal conlição d'um bom systema penitenciario. Haverá n'isso um castigo para elle e um exemplo para a sociedade; entendemos todavia que o isolamento não deve ser demorado e ininterrupto, porque o seu exaggero, sobre ser cruel, pôde obstar á regeneração do delinquente, deformando-o e aniquilando-o physica e intellectualmente.

A questão da salubridade das cadeias cellulares constitue talvez o mais importante problema a discutir na instituição penitenciaria.

Nada mais momentoso e urgente do que investigar se a prisão cellular é completamente fatal á saúde dos presos ou se, causando-lhes apenas alguns effeitos nocivos, pôde ainda assim ser conservada na escala das penas, por compensar o que tiver de prejudicial á sanidade physica com utilidades d'outra ordem.

Posto se pense e diga que o regimen do isolamento cellular, pelas alterações que accarreta á economia organica do encarcerado, contrariando-lhe os instinctos, impondo-lhe novos habitos, modificando-lhe ás vezes violentamente as condições de vida, não pôde deixar de ter uma influencia mais ou menos notavel na cifra obituaría das estatísticas penitenciarias, é cer-

to tambem que muitos homens competentes têm posto em relêvo as altas qualidades hygienicas do regimen cellular, chegando-se a avançar que elle já tóra absolvido pela Academia de medicina de Paris<sup>1</sup> das accusações que n'esse ponto lhe têm sido dirigidas.

O alludido dr. Senna, em um discurso proferido na sessão parlamentar do anno preterito<sup>2</sup>, considerando o systema de punir decretado na lei de 1 de julho de 1867 como exotico e inapplicavel ao criminoso portuguez, na maior parte agricultor, allega a mortificação organica e psychica do condemnado sujeito ao regimen penitenciario, e agoira-lhe, quanto á alienação mental, desconsoladoras estatisticas, advogando por isso, á semellhança d'alguns criminalistas, a idéa de penitenciarias agricolas e d'um hospital para alienados criminosos.

No proprio relatorio d'aquella lei de 1867 (o que não deixa ser um tanto estranho) dizia-se: «Quando no ermo da sua cella sem uma consolação para a dôr, sem amigos, sem um echo sequer da sociedade em que viveu, condemnado, só, absorvido na contemplação do passado, evocando em cada culpa um espectro, em cada saudade um remorso, vae descendo pelos annos que decorrem até descobrir os formosos dias da sua infancia e volve depois á fria contemplação do seu infortunio, agitando-se-lhe sempre o espirito no mesmo doloroso pensamento, na mesma exeruciante agonia; que muito é que um dia a Providencia, condoen-

<sup>1</sup> Relatorio da commissão revisoria do codigo penal de 1852, pag. 65.

<sup>2</sup> Diario da Camara dos Dignos Pares, sess. de 7 de maio de 1888.

do-se do infelz. lhe apague para sempre a luz da razão, matando-lhe a consciencia e tornando-o insensível ao soffrimento?»

O snr. Azevedo Castello Branco, porém, invocando alguns trabalhos e estudos de homens competentes<sup>1</sup> e varios casos observados na penitenciaria central de Lisboa incute-nos a consoladora idéa de que o regimen cellullar tem, pelo isolamento e pela mais apurada hygiene, apreciaveis virtudes contra as epidemias externas, variola, febre typhoidé, escarlatina, sarampo e dipteria, e refere-nos exemplos de isenção do contagio do cholera na prisão de Mazas ultimamente e na de Louvain em 1866, posto nos hospitaes d'esta cidade se amontoassem mais de dusentos cholericos.

Por outro lado deduz-se d'aquelles apontados escriptores e de outros mais que a prisão cellullar é nociva aos sanguineos, plethoricos e apopleéticos, nos quaes pôde produzir congestões cerebraes, hemorragias nasaes ou pulmonares, e aos escrofulosos, cuja molestia agrava, succedendo egualmente que, sem provocar a tuberculose espontanea, favorece as explosões da diathese adquirida ou transmittida hereditariamente.

Mas em abono senão desculpa do regimen cellullar affirma-se ainda que muitos criminosos são de nascença doentes,<sup>2</sup> degenerados hereditarios, perseguidos

<sup>1</sup> Dr. Mery Delabod, Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales; Stevens, Les prisons cellulaires en Belgique; Reinach, Les récidivistes; relatório de Berden, administrador da segurança publica e das prisões belgas; estudos do professor Virgilio, director d'um asylo de loucos em Anversa e do dr. Penta, medico da prisão de Santo Stefano, na Italia, etc. Vej. obr. cit., pag. 19, nota.

<sup>2</sup> Os modernos alienistas consideram o crime como um phenomeno morbido da especie humana.

em grande numero por allucinações, hypocondria, epilepsia, siphylide, tuberculose e invoca-se a opinião de Despine, Thomson, Nicholson, Maudsley, Lombroso, Virgilio e outros especialistas de que «a degeneração ou psychose criminal fere o organismo em todas as suas funcções desde as cerebraes até ás morphologicas.»

Quanto á influencia do isolamento cellullar sobre

Attacado o chamado erro *psycho-centrico* do homem dual e apresentada como indiscutivel a sua unidade real, o cerebro tem de considerar-se a alma-mater, o foco das forças organicas e a intelligencia, tal como o instincto nos irracionais, uma mera funcção cerebral.

O homem é portanto um animal como qualquer outro, embora na escala dos seres constitua o superior degrau, forme a cúspide da evolução zoologica.

Mas o typo normal humano soffre muitos desvios ou degenerescencias, provenientes da hereditariedade ou transmissão morbida, retrocesso ancestral ou atavismo, lesões oncephalicas, etc.

Estes factores e ainda as impulsões irresistivelmente determinantes, que derivam da educação viciosa, de certos elementos e accidentes externos são, em geral, as causas da delictuosidade.

D'esta fórma os criminosos, pondo mesmo de parte os alienados, são em regra uns psychopathas, uns doentes. Não são elles de certo os *monstros* que stigmatiza a velha concepção penologica de qua se queixa Lefourneau, são antes as victimas do fatalismo biologico, das malformações cerebraes ou da tyrannia pathologica de certos accidentes, perturbações, condições physico-sociaes e influencias mesologicas.

E assim se sustenta que da familia romana Julia-Claudia Tibério era um *perseguido*, Caligula um *epileptico*, Claudio um *imbecil* e Nero um *louco periodico*, e que os tetricos Menesclou, Tropmann, Papavoine ou Mattos Lobo uns meros exemplares d'aquellas victimas.

Vej. Philosophie Positive, Revue, par Littré et G. Wyrouboff—juillet-août—1879, pag. 73, artigo de Hubert Boëas: *La criminalité au point de vue scientifique*: Os degenerados—these de medicina theorica e pratica, Coimbra, 1885—pelo snr. Basilio Freire, um dos nossos mais talentosos contemporaneos da Universidade, livro escripto em um estylo correclissimo e brilhante e no qual o seu auctor expende e propugna estas doutrinas com o ardor d'uma convicção illustrada; Lefourneau, obr. cit., pag. 228.

as faculdades intellectuaes dos condemnados, os partidarios d'aquelle systema penitenciario comegam por estabelecer a doutrina de que ha uma intima connexão entre o crime, a loucura e o suicidio, considerando a inferioridade physica, intellectual e moral do delinquente como a causa da sua insania.

Esta conclusão é apoiada nas observações de Thomson, Stevens, Marro e outros, cuidadosamente exercidas em edificios cellulares com o fim de investigar a acção do regimen respectivo na mentalidade dos reclusos.

E assim affirma-se que o regimen cellular, podendo determinar accidentes de demencia em individuos de predisposição congenita para ella, rarisimamente será a sua exclusiva origem.

Pelo que respeita ao suicidio confessa-se que este facto é mais vulgar no estado captivo do que no livre, no entanto insinua-se ser um erro apresental-o como effeito d'um motivo singular, isolado, unico; e parece consolar a idéa de que o suicidio, aliás mais frequente nas cadeias communs do que nas cellulares, é um dos factores da selecção, e, conseqüentemente, da depuração da humanidade.

Embora, pois, se queira considerar absolvido o regimen penitenciario cellular das mais graves imputações que os adversarios lhe fazem, concluiremos que é necessario e imprescindivel não abusar d'essa aliás discutida absolvição pela escolha e emprego dos mais severos systemas.

Apologista e bem acerrimo da prisão cellular era Tocqueville, entretanto não hesitava elle em confessar: «Je ne nierai pas qu'on ne menât une vie plus saine en restant dans le monde qu'enfermé dans une cel-

lule»; e outros ha ainda que mais abertamente condemnam o isolamento continuo como deshumano, barbaro, immoral e perigoso, não se contentando mesmo com as modificações que a instituição soffreu nos seus primitivos defeitos, e viciosa organização, antes dizendo que é difficil encontrar uma instituição mais geral e completamente repellida pelos homens experimentados e competentes como insufficiente e sobretudo perigosa<sup>1</sup>.

Ainda mesmo attendendo aos depoimentos dos defensores do isolamento e á demonstração estatística de que os decessos não são menos numerosos nas prisões de regimen colectivo (§ 42),<sup>2</sup> a illação a deduzir é

<sup>1</sup> Lepelletier de la Sarthe, obr. cit., pag. 219, 337 e 332. Vej. a curiosa e desconsoladora narração que Silva Mattos, obr. cit., faz da sua visita á penitenciaria de Louvain, onde se observa o systema philadelphico modificado.

O snr. Dias Ferreira negou que em Portugal o systema penitenciario produzisse a rehabilitação do criminoso, acrescentando que mais poderia habilitar para a loucura, fanatismo ou ferocidade e que talvez podesse adoptar-se entre nós em crimes gravissimos como principio de pena de degredo. D. da C. dos S. Deputados, ses. de 18 d'abril de 1881.

<sup>2</sup> Diz A. Castello Branco: «Na penitenciaria central de Lisboa falleceram por doença 7 presos em 1886 e 10 em 1887.

Tomando-se por base a media dos condemnados, no primeiro anno a mortalidade proporcional foi de 4,1 por cento, no segundo foi de 3 por cento. Calculando-se a media pelo numero dos presos existentes no fim do anno de 1883, a media seria de 2,82 e em 1887 seria de 2 e meio por cento; mas o primeiro calculo da media é mais racional e mais conforme á realidade dos factos.

A tuberculose foi a doença que causou maior numero de victimas: em 1885 matou 4 e 9 em 1887.

Pelo registro das entradas dos presos, em que se lançam as observações dos medicos sobre os condemnados á sua chegada, prova-se que os individuos mortos de tuberculose não adquiriram aqui a doença; mas já vinham com a saude deteriorada, outros estavam predestinados a succumbir com aquella terrivel molestia, cujos germens alimentavam, tendo-os adquirido n'uma vida de miseria e de vicios, quando não eram já o producto d'uma fatal transmissão hereditaria.

que o systema penitenciario cellular, não sendo innocuo, como para desejar fóra. é d'uma mortalidade razoavel, bastante para não ser incondicionalmente recommendado.

49. O trabalho é util tanto para a natureza physica como para a natureza moral do preso.

Tam essencial como a disciplina ou como a instrucção, o trabalho penal, cujo direito de imposição já hoje ninguem contesta á sociedade, deve considerar-se não uma aggravação da expiação, porque seria deshonoroso transformar em castigo uma virtude, mas um elemento moralisador, um verdadeiro beneficio; «visto auxiliar poderosamente, diz o relatório do regulamento das cadeias de 12 d'agosto de 1872, a regeneração dos criminosos e habilitar não poucos que pela ociosidade forám arrastados ao crime a de futuro serem ainda uteis a si e á sociedade, que assim lhes ministróu a educação que lhes faltava.»

E' sensível a differença entre os obitos occorridos na penitenciaria de Lisboa e os que mencionei anteriormente. Mas cumpre attender que, se a estatística abrangesse um mais longo periodo de annos, a media poderia variar consideravelmente, sendo talvez excepcionaes quanto aos decessos os dois a que se refere. Além d'isso na cadeia de Louvain não são recebidos presos de idade superior a 50 annos e que não tenham boa saude e plea integridade das facultades mentaes. Nos outros estabelecimentos cellulares ha precauções identicas, as quaes não existem no regulamento da penitenciaria de Lisboa; tendo-se por isso dado por mais d'uma vez o caso de entrarem directamente para a enfermaria presos recém-vindos, e até já foi mandado do Limoeiro um com colete de forças por dar manifestações de loucura furiosa!

A' mingoa de elementos não pude comparar a mortalidade das cadeias civis do Porto e de Lisboa de regimen em commum com a da penitenciaria central.»

Os beneficios do trabalho ninguem a serio os poderá discutir, quer elle se encare como um meio de conservação da sanidade physica pelo desenvolvimento muscular<sup>1</sup>, quer como um incentivo de corrigibilidade e de reabilitação pelos resultados que produz na educação prisional.

E' o antidoto da ociosidade, a habilitação ao exercicio d'uma futura profissão honesta no meio social, é, na phrase de Léon Faucher, a religião das prisões.

No cumprimento da lei do trabalho, pondera Ortolan<sup>2</sup>, o homem encontrará toda a especie de bens, a saude, o contentamento de si mesmo, o deslizar rapido e agradável do tempo, o proveito proprio e alheio, o progresso das suas aptidões, a compensação das suas inclinações más, o aperfeiçoamento do seu pensamento moral e dos seus sentimentos.

E, com effeito, de tal fórma se impõe a lei do trabalho e se patentêa o seu influxo beneficente que só por excepção não será o proprio recluso o primeiro a reclamar-o; mas, quando mesmo não o peça, nem por

<sup>1</sup> Beaumont et Toqueville, obr. cit., pag. 94, nota 1.ª, lembram que não foi sómente na prisão d'Auburn que a clausura cellular sem trabalho exerceu na saude moral e physica dos presos a mais funesta influencia. As experiencias feitas nas prisões de Maryland, Maine, Virginia, New-Jersey não foram mais felizes. Citam-se n'esta ultima prisão os nomes de dez individuos que deveram a morte ao isolamento.

Escreve-se tambem no relatório da com. revis. do código penal de 1852 que o trabalho tem o effeito de radicar o caracter repressivo da pena, de dar á existencia do preso um fim immediato tam util como moral, de despertar idéas de ordem e de regularidade, de desviar o pensamento das funestas inclinações e de elevar aos proprios olhos o homem decahido e aviltado pelo crime.

<sup>2</sup> Elém. cit., tom. 2, pag. 63.

isso a sociedade deverá deixar de estatuir-o nas leis organicas dos estabelecimentos prisionaes.

Palpa-se mesmo a necessidade de não se consentir que o preso tenha momentos ociosos, guardados, já se vê, os indispensaveis periodos de descanso e de recreio, que deverão alternar-se nos horarios com o tempo de trabalho, refeições, ensino, praticas religiosas e visitas, conformemente ás condições e estructura dos edificios, ás phases das estações e a outras circumstancias peculiares.

Ao inverso do que pensa o insigne Ortolan<sup>1</sup> que repelle d'uma maneira absoluta e decisiva toda a especie de trabalho colectivo, maximé o exterior em presença da população livre, embora se trate ou de arroteamento de terrenos incultos ou de abertura de estradas, formação de diques, saneamento de pantanos, construcção de canaes e pontes, exploração de pedreiras e minas, perfuração de tuncis, serviços maritimos em bahias e arsenaes e emprezas analogas, entendemos que os condemnados ao regimen cellular temporario podem ter uma phase ou periodo de trabalho industrial, agricola ou de natureza semelhante fóra do recinto dos edificios penitenciarios.

Este ponto de serviço prisional já constituiu uma these proposta ao congresso penitenciario de Roma, que a resolveu affirmativamente; e, ainda mesmo para aquelles que fundam o direito de punir em parte na idéa de expiação, aquella decisão do congresso pôde ser accéite sem abdicção das suas opiniões sobre a natureza e fins da penalidade.

<sup>1</sup> Obr. cit., tom. 2, pag. 63.

Pois o periodo inicial de *solitary confinement* mais ou menos longo, o trabalho forçado sob uma vigilancia de Argos e na observancia d'uma disciplina ferrea, a parte afflictiva d'estas provações não applicarão aquelles que, como o sabio escriptor francez, não se apreçoam partidarios rigidos e exclusivistas do principio da justiça absoluta, e antes admittem que a pena tem, como um dos seus intuitos capitaes, a correcção do delinquente?

Deviam applicar e satisfazer, pensamos nós, salvo se ha receio de que o trabalho exterior faça retroceder o preso na via dolorosa da sua moralisação.

A experiencia, porem, desmente taes apprehensões.

Na penitenciaria de Auburn, em cujo regimen ha o trabalho colectivo silencioso, vigorou, quanto ao trabalho prisional, primeiramente o systema da *régie* e depois o da empreitada; pois nem a disciplina deixou de ser convenientemente mantida, prohibindo-se até a communicação do empreiteiro com os presos, nem estes trabalharam com menos intelligencia e ardor.

É assim que pelo poder da disciplina muitas obras, taes como edificios penitenciarios, fortalezas, diques, portos, etc., etc. tem sido construidas por condemnados na concorrência ás vezes do operario livre, sem desmoralisação d'este e com proveito para o serviço e economia para os governos<sup>1</sup>.

Hoje é já avultada a cifra de estabelecimentos penaes agricolas ou industriaes n'aquellas nações que acolheram e experimentaram o systema prisional progressivo ou irlandez, que se compadece com tal fórma

<sup>1</sup> Lepelletier de la Sarthe, obr. cit., pag. 259.

de trabalho; e na organização d este não foram descuidados os interesses dos presos nem os do estado nem os da industria.

50. Temos visto combatido por muitos criminalistas<sup>1</sup> o systema de trabalho collectivo em reunião silenciosa; parece-nos, porem, que esse ataque não é de todo isento dos preconceitos de escola.

Creemos até que a reunião silenciosa pôde bem constituir um estadio ou periodo de penalidade no systema progressivo, maximé n'aquelles paizes onde o trabalho commum houver de realizar-se em *ateliers* ou officinas.

O projecto do novo colligo penal italiano (art. 13) sujeitava os condemnados ao *ergastolo* a uma separação completa durante dez annos, e depois, se o seu procedimento o permittisse, ao trabalho diurno commum com a obrigação do silencio.

O *ergastolo* substituiu a pena de morte, e a illustrada redacção da Revista dos Tribunaes<sup>2</sup>, noticiando a recente promulgação d'aquelle codigo, accrescentou a proposito que tal pena era terrivel e que o preso ficaria no fim d'aquelles annos necessariamente imbecil.

Das palavras da Revista parece deduzir-se a condemnação da reunião silenciosa no trabalho; e, se as-

<sup>1</sup> Girardin, obr. cit., pag. 125, transcreve opiniões de Duchâtel, Demetz, Vapereau e outros, impugnando o trabalho diurno commum em silencio. Vej. tambem Tocqueville, Rapport à la chambre des députés, ses. de 1843.

<sup>2</sup> Vol. 7.º, pag. 96.

sim é, affigura-se-nos que esta affirmação se baseia na quasi impossibilidade de o preso supportar semelhante castigo. Ver a seu lado na officina um e muitos companheiros e sem poder fallar-lhes, trocar reciprocamente as suas impressões, narrar as suas desditas, depositar as suas esperanças, ouvir, enfim, outra voz que não seja a dos carcereiros, que, embora carinhosa e persuasiva, é sempre uma voz obrigada e por assim dizer official, isso traduz um supplicio de Tantaló, repugnante ao instincto de sociabilidade e superior ás forças da natureza humana!

Julgamos, to-lavia, que estas exclamações são mais uma generosa manifestação sentimental do que um argumento scientifico em prol da inexequibilidade da reunião em silencio.

Não pode negar-se que o isolamento, considerado em geral, importa uma contrariação á sociabilidade ingênita do homem; contrariação de que é forçoso lançar mão para salvaguardar interesses mais attendiveis e importantes que os meramente individuaes.

Collocada e accete a questão n'este campo, que é o da necessidade, incumbe-nos o dever de procurar na imposição da solidão tudo quanto a possa tornar menos absoluta, e modificar-lhe portanto os effeitos anti-naturaes.

Ora qual será mais rigoroso o cellularismo contínuo ou a separação temperada e adoçada pela presença dos semelhantes?

Qual será mais conveniente ao encarcerado a incommunicabilidade absoluta com os seus companheiros, ou o contacto d'elles no mesmo lugar e habitação, com a idéa de que a sua sorte é participada por outros infelizes, que elle proprio vê soffrer ou suppor-

tar resignadamente a perda da liberdade e as demais consequências do regimen cellular?

Nunca mais applicavel nos pareceu o versiculo — *solatium est miseris socios habere...*

Na alma humana ha indubitavelmente o sentimento do egoismo que jamais se soffoca e annulla, porque as santidades, se as ha, são excepcionalissimas e nunca absolutas. A energia d'esse sentimento, força é confessional-o, applaca-se, resigna-se com a idéa e o espectáculo da infelicidade compartilhada, e a presença humana, embora sem a communicacão por palavras, desintimida e fortalece pelo exemplo que dá do soffrimento alheio, importando alem d'isso uma concessão feita ás exigencias inclinaveis da natureza.

Pode objectar-se que a reunião silenciosa, posto que seja em si mesma uma modificacão humanitaria do encarceramento rigoroso, mortifica e desespera, porque desperta, sem a saciar, uma força natural vivissima; e é por via d'esta excitação e contrariedade que ella põe em risco a vida e a mentalidade do preso.

É forte a objecção mas não irrespondivel.

Em primeiro logar a excitação do instincto de sociabilidade não é em todos os individuos de uma intensidade igual.

Ha naturezas mais passivas, organizações mais indolentes, cujas faculdades têm o poder de accommodar-se com maior ou menor esforço ás condições do meio ambiente.

Se assim não fosse o argumento provaria de mais. A transição rapida da liberdade completa para um longo e rigoroso estado de clauzura cellular deveria produzir tam deploraveis effeitos no organismo humano que o menor d'elles seria a furia da demencia ou

a atonia da imbecidade, e todavia a razão do homem, quando elle penetra os umbraes da soturna e solitaria cella, não se apaga logo nos transees do desespero nem o coração se despedaça nas agonias da dôr<sup>1</sup>!

Nos primeiros tempos da reunião silenciosa a sociabilidade deve sobresaltar-se sem duvida; mas, assente para o condemnado que a impossibilidade da communicacão verbal seria um facto inquebrantavel, o desasocego remittiria e o homem, pelo poder admiravel das suas faculdades de adaptacão, teria de aceitar, sujeitar-se e gosar (se este termo é aqui permittido) tudo aquillo que attenuasse as ferocidades do seu isolamento.

E de duas uma: ou a disciplina do silencio seria devidamente severa, e n'esse caso a resignação reapareceria em face da impossibilidade absoluta de a transgredir; ou não, e então o preso deveria contentar-se com tudo o que lhe revelasse possibilidades da anhelada communicacão.

<sup>1</sup> Eis o que nos relatam os partidarios do mais severo regimen cellular, o philadelphico, quanto aos seus primeiros tempos: «A cella solitaria do criminoso está povoada durante alguns dias dos mais terriveis espectros. Assaltado de mil receios, presa de mil tormentos, elle accusa a sociedade de injustiça e de cruza, e, em tal disposicão de espirito, chega a invectivar as ordens que lhe dão e a repellir as consolacões que lhe offerecem. O unico castigo permittido pelo regulamento da prisão é a encarceracão em uma cella tenebrosa com reducção de alimentos; e é raro que dous dias de um tal regimen não submettam o preso mais rebelde á disciplina. Depois que o criminoso combaten as primeiras impressões do isolamento, triumphou dos terrores que o impelliam á loucura e ao desespero, e, tendo-se debatido na cella solitaria entre os remorsos da consciencia e as agitações da alma, ficou alquebrado e procurou no trabalho uma distracção, desde esse momento eil-o dominado e para sempre submettido ás regras da prisão. Beaumont et Tocqueville, obr. cit., pag. 129.

E não se estranhe admittirmos em uma parte do dilemma a idéa de possibilidade de qualquer communição, porque Charles Lucas não foi menos condescendente quando declarou que a theoria da prisão não deveria visar a mais do que ao impedimento das communicações inconvenientes, verbaes ou vizuaes, e que o problema a resolver pelo regimen penitenciario não é acabar com aquellas communicações, mas evitar que se tornem perigosas, facilitando projectos e combinações de evasões ou de crimes<sup>1</sup>.

Em qualquer dos casos a reunião constituiria para o detido, parece, uma modificação benefica.

Tambem não ignoramos que o silencio completo é difficil de obter-se, porque o instincto dos encarcerados ha de querer expandir-se até que o retraia a inutilidade dos seus esforços.

Será difficil, mas para nós basta-nos a certeza de que não é impossivel.

Estudem-se os meios de repressão, privação de regalias, reclusão em cellas de castigo, alteração de regimen alimentar, etc., vigorise-se e cumpra-se a disciplina, interesse-se o preso na execução dos regulamentos pelo incentivo e pela recompensa que o eleve aos proprios olhos e alheios, presuppõha-se que o periodo inicial do isolamento rigoroso deve ter produzido no encarcerado effeitos salutareos, que este não é estacionario ou retrógrado na educação penal ou só

<sup>1</sup> Ch. Lucas propugna a communicação da população honesta com os presos, já como intermittencia á disciplina silenciosa, já como instrumento de moralidade; e não só essa como tambem, embora excepcionalmente, a communicação verbal dos detidos entre si. Obr. cit., tom. 1.º, pag. 167.

corrigivel pela repressão e pelo terror; porque d'esse modo a reunião silenciosa, mais ou menos longa em attenção aos progressos da correção, não conceitará a animadversão d'aquelles que virem na regeneração moral e rehabilitação social dos criminosos a racional justificação do regimen penitenciario.

Não devanêamos.

Factos mais extraordinarios do que os provenientes d'uma tal disciplina nos fornece a já interessante historia da instituição cellular.

A penitenciaria de Sing Sing foi construida por condemnados que depois se enclauzularam n'ella, impellidos mais pela disciplina e pela energia de vontade do seu director Elam Lynds do que pelo terror ou pela força (§ 37).

No valle de Gail, Austria, estabeleceu-se uma colonia penal onde foram trabalhar 65 encarcerados d'uma penitenciaria distante, sob a vigilancia apenas de um chefe e oito guardas; e na concorrência com o operariado livre, o seu serviço foi julgado o melhor e o mais productivo.

Tendo-se manifestado um incendio em uma estação de caminho de ferro proxima, os condemnados não só trabalharam admiravelmente, como tambem deixaram de aproveitar-se da confusão occasionada pelo sinistro para a fuga ou ao menos para uma infracção disciplinar<sup>1</sup>.

Finalmente, referem Beaumont et Tocqueville que na penitenciaria de Wethersfield um dos meios disciplinares mais energicos sobre os condemnados recal-

<sup>1</sup> A. Castello Branco, obr. cit., pag. 133.

citrantes é a solidão absoluta sem o menor trabalho.

É prova a que não resistem, porque apenas começam a sentir os seus rigores logo sollicitam o favor de voltar ao seu logar no *atelier* commum, submettendo-se de boa mente a todas as exigencias da disciplina<sup>1</sup>.

É que a disciplina nas prisões, como em tudo, é o nervo do poder, a essencia da ordem<sup>2</sup>.

Parece-nos portanto que, attento o exposto, não será ousadia avançar que a reunião silenciosa, não sendo impossivel, pôde tornar-se util como elemento modificador do rigorismo da clauzura cellular.

51. A pena, dizem concordemente os criminalistas modernos, tem uma parte benefica e moralisadora; e este seu reconhecido caracter attinge-o ella por varios meios, um dos quaes é a instrucção, que para o preso deve ser *intellectual* e *professional*.

Além da instrucção intellectual ha a educação, na qual pôde incluir-se a instrucção moral e religiosa, que se dirige mais propria e directamente á emenda do criminoso e á sua rehabilitação.

A instrucção intellectual ou ensino escholar, que

<sup>1</sup> Obr. cit., pag. 131, nota. Crawford fez ver que a disciplina do silencio se mantinha em Wethersfield tam rigorosamente como em Auburn, sem o emprego de castigos corporaes. Vej. Ch. Lucas, obr. cit., tom. 1.º, pag. 175, nota.

<sup>2</sup> Lepelletier, obr. cit., pag. 322, diz que a disciplina deve ser severa, inflexivel, mas justa e benevola, podendo introduzir-se-lhe, em ordem a facilitar-a, a precisão e regularidade da disciplina militar; acrescenta porém que, regulamentada a disciplina d'ostes estabelecimentos, a intervenção da força militar acabará por se reduzir a proporções mínimas.

deve ser obrigatorio para todos os encarcerados analphabetos, transmittir-lhes-ha ao menos o conhecimento das chamadas *primeiras letras*, leitura, escripta e noções elementares de arithmetica.

A professional dará aos encarcerados o conhecimento d'um officio ou arte em que se distraiam, exerçam a sua actividade e aufram alguns proventos, habilitando-se egualmente ao exercicio d'uma profissão honesta quando restituídos á liberdade.

Ninguem exigirá por certo a demonstração de que a instrucção e a educação sejam uteis e necessarias no regimen penitenciario, porque ninguem admittirá como indifferente para o preso o esclarecimento da intelligencia, que lhe desvela a injustiça do delicto por elle commettido, as suas desastrosas consequencias e a necessidade social da sua punição e repressão, ou o ensino d'uma profissão que lhe proporciona os meios de subsistencia no momento em que elle, sem fortuna e sem valimento, está prestes a afundar-se na voragem da reincidencia.

A moralisação e a emenda do preso são mesmo para alguns criminalistas as razões unicas da legitimidade da pena.

A sua utilidade, pois, longe de ser discutida é por alguns levada até ao exaggero de seita (§ 28).

É innegavel que o sentimento moral e o sentimento religioso são as alavancas da educação; e tem-se mesmo apregoado que, devendo a instrucção desenvolver a moral, deve a moral desenvolver a religião, como idéas e factores de intima correlação e auxilio na regeneração das prisões.

O modo de fornecer e distribuir a instrucção escholar e a professional tem sido objecto incessante

das aporfiadas lucubrações dos criminalistas, mas o grau de instrução que o condemnado leva para a prisão, os seus meios de fortuna, organização, vocação, aptidões physicas e condição social são os elementos, aos quaes uma intelligente administração deve principalissimamente attender.

A educação penal presuppõe tambem o emprego d'um pessoal selecto e dedicado, que faça da sua missão não um officio mas um sacerdocio.

Para a instrução e educação do preso apontam-se meios, dos quaes uns podem chamar-se *internos* e outros *externos*.

Aquelles são o trabalho, os premios, os castigos, as concessões de visitas, a selecção do pessoal, a boa organização do ensino moral e religioso, as praticas, as conferencias, o culto, etc.; e, como elementos externos, cuja acção deve sentir-se não exclusiva mas especialmente depois da libertação do condemnado, indicam-se as associações de caridade e beneficencia, cujo influxo, menos pecuniário que moral, carece de exercer-se durante os periodos mais criticos da vida dos criminosos, isto é, no regresso da cadeia á sociedade, no seu noviciado moral.

Charles Lucas justifica a cooperação sócia na reforma das prisões, e portanto o principio do patronato, fazendo considerar que, sendo o crime uma chaga social cuja eliminação ou ao menos cicatrização o interesse geral impõe, não é bastante que um governo proteja a sociedade contra o crime, é preciso tambem que ella se defenda a si propria com a solícitude que lhe suggerir o dever da sua conservação.

Esta affirmativa não carece de demonstração. Se o crime é um mal contagioso, prudente será não dei-

xar o cuidado e o dever de extirpal-o á exclusiva acção governamental nem sempre fecunda, nem sempre solícita<sup>1</sup>.

Não é menos cathgorico Lepelletier de la Sarthe<sup>2</sup> na defeza do patronato:

«De todos os pontos fundamentaes da reforma penitenciaria o mais importante e o mais sério é eviden-

<sup>1</sup> Alauzet, obr. cit., ex pag. 225, refere que as associações ou commissões para allivio dos presos, muitas das quaes passaram a denominar-se *conselhos de caridade*, têm uma origem antiga e foram formadas sob a influencia da religião. A revolução de 1789 destruiu algumas, outras porém foram-se perpetuando, mas estão longe de apresentar um caracter uniforme, pois que cada uma d'ellas se deixou modificar mais ou menos pelos costumes locais, e ás vezes pelos do tempo em que naseu.

Os *conselhos de caridade* originaram as *associações de damas*, recrutadas em todas as classes sociaes e animadas do mesmo zelo e desejo do beneficiar; havendo em Marselha, Bourg e outras partes corporações de jovens operarias que iam, por turno, em cada semana tratar das roupas dos detidos.

No meio-dia de França os *conselhos de caridade* foram representados pelas *confirarias de penitentes brancos, negros e pardos*, que tinham a mesma missão caridosa, e cujos membros sahiam da classe operaria, dos negociantes e tambem de familias consideradas.

Conta mais o alludido escriptor que algumas commissões d'esto genero tinham capitaes importantes em rendas do estado, assim em Marselha e Lyon; que outras conservavam os redditos que possuíam antes da revolução; e que algumas valiam-se da caridade, sendo certo que os parochos, membros d'essas sociedades, as auxiliavam grandemente nas suas *quêtes*.

N'outras provincias os camponezes não costumavam esquecer, nos seus testamentos, os legados aos presos; e n'outras, no Delphinado principalmente, pagavam-se as orações dos encarcerados a cuja efficacia se legava uma fé particular, montando a nada menos de 6 a 7:000 francos por anno o producto d'estas orações em Grenoble.

<sup>2</sup> Obr. cit., pag. 278. O congresso de Stockolmo foi de parecer que se generalisasse a protecção aos libertados adultos, excitando-se a iniciativa privada a crial-a com o concurso do estado, mas evitando-se dar-lhe um caracter official. Vej. Silva Mattos, obr. cit., pag. 174 e Ch. Lucas, obr. cit., tom. 3, pag. 317 e seg.

temente aquelle que fixa as garantias que a legislação deve aos libertados. Sobre a realidade d'esta protecção legal repousam com effeito os interesses mais graves e sagrados—a reabilitação do homem decaído, cujo arrependimento é sincero e cujos impulsos voltam a dirigir-se para o bem, e a salva-guarda positiva da sociedade contra os ataques desesperados da reincidência».

O exercicio dos sentimentos religiosos, que existem mais ou menos radicados no coração do homem ainda o mais perverso, é indispensavel á regeneração do delinquente; e, para esse fim, deve o regimen penitenciario facilitar aos presos e por uma fórma racional e proficua uma religião pratica, simples e tocante e a acção evangelisadora dos individuos e associações que se devotam á reabilitação d'aquelles, a quem um publicista chamou sentenciosamente os leprosos da civilização.

É razão nenhuma aconselha que aos condemnados se dificulte a communicacão indispensavel com os empregados da prisão e com as pessoas e corporações, que se dedicam á sua moralisação. A presença d'estas pessoas, velando pelas necessidades dos encarcerados e dirigindo-lhes palavras de conforto e de esperanza, far-lhes-ha ver que a sociedade não os abandonou, obviará ao desalento que possa invadil-os na sua solidão e manterá o espirito de obediencia que o rancor, alimentado pela concentraçào, por ventura neutralisaria.

Em algumas das cadeias cellulares da Europa a communicacão dos directores, adjuntos, capellães, medicos, professores e demais pessoal com os reclusos é obrigatoria, prescripta nos regulamentos e tabellas,

devendo as suas visitas ser quotidianas para tantos presos e durante tantas horas<sup>1</sup>.

Realmente, os primeiros esforços para a moralisação dos encarcerados devem partir d'uma justa, benevola e criteriosa administração, que saiba distinguir a regeneração sincera da hypocrisia systematica.

Ha quem veja na distincção dos presos por cathogorias o primeiro elemento a empregar para a acção moralisadora; não só porque o estabelecimento de classes obsta a que os condemnados de diversa indole e costumes communicuem entre si, mas tambem porque, pela emulação e bom exemplo, se desenvolve melhor o sentimento da probidade.

É a opinião de Lepelletier de La Sarthe.

É evidente que o principio das cathogorias não pôde proveitosamente adaptar-se ao cellularismo contínuo; nada impede, contudo, que se realise no systema de Auburn e no progressivo, que com elle são mais compatíveis.

Não assentimos, porém, inteiramente áquella opinião.

Em primeiro logar se em algum dos systemas penaes as communicacões dos presos entre si são possíveis, é providente, é até necessario que os delinquentes arrependidos e regenerados frustrem, senão pela palavra ao menos pela acção, a propaganda nociva que os indoceis ou perversos possam de qualquer fórma levar ao animo dos ingenuos ou dos menos propensos á moralisação.

<sup>1</sup> Vej. Regulamento cit. de 20 de novembro de 1884, art. 42, 49 n.º 4, 52, 54, 58, 63, 74 n.º 4, 79, 92, 118 n.º 6, 120 n.ºs 2 e 7, 145 e 181 e seg.

Em segundo lugar no systema progressivo, que teremos occasião de exhibir como o melhor, as cathogorias, se alguma utilidade real apresentassem<sup>1</sup>, já se achariam substituidas pelas graduações ou classificações componentes do seu regimen e mecanismo proprios, se bem que a indole d'estas é inconfundivel com a d'aquellas cathogorias. Não se trata de agrupamentos de presos em face da sua organização, moralidade, duração das penas ou da natureza dos seus crimes. Ha uns determinados e successivos períodos de penalidade para os condemnados, que constituem a engrenagem do systema, e cuja base, embora seja o progresso da regeneração, não depende d'aquelles. Estes, os condemnados, é que têm de attingir e percorrer esses períodos sob pena de estacionamento e retrocesso.

E a razão é porque a regeneração, sendo a base do systema irlandez, é simultaneamente o fim.

52. Não é custoso verificar e reconhecer que o systema penal progressivo, no seu razoavel eclecticismo, é aquelle que melhor acolhe as idéas e elementos que no sentir geral dos penitenciarios, justificam o regimen prisional que o presente seculo poz em relevo e louvavelmente se esforça por aperfeiçoar.

<sup>1</sup> L. Faucher, obr. cit., pag. 54, diz que o systema das cathogorias (classifications) faz muito e muito pouco; que a divisão e subdivisão das prisões destróe a disciplina que consiste na simplicidade e regularidade da ordem interior, sem que, por ellas, se evite a aproximação dos detidos; que enquanto dois presos se communicarem livremente a corrupção é inevitavel; e faz suas as palavras de Ch. Lucas, para quem tal systema tem tanto de illogico como de inefficaz.

O periodo inicial de isolamento celular, não sendo demorado, tem vantagens que para logo se attentam.

É de toda a therapeutica penitenciaria a dose mais forte, o remedio mais energico, o cauterio mais doloroso; mas, suppondo-se com fundamento que o tempo immediatamente subsequente ao crime é aquelle em que os sentimentos, que impelliram o individuo á sua perpetração, estão mais ardentes e indomaveis no seu espirito, talvez a desculparem o delicto e a impedirem o arrependimento, justifica-se o emprego d'aquelle remedio, a applicação d'aquelle cauterio na persuasão de que o isolamento predisporá o condemnado, entregue ás suas desordenadas impressões, a investigar sinceramente o valor dos motivos do crime, a injustiça do seu attentado individual e social e os lamentaveis resultados do mal praticado, quer para si, quer para a victima, quer para a sociedade.

É n'esse periodo que a communicação com os presos endurecidos no crime lhe poderia ser altamente funesta, dissipando as evocações do sentimento e sufocando os remorsos da consciencia que começa a arrepender-se.

Com effeito a subita e extraordinaria excitação dos seus sentimentos, instinctos e faculdades fará com que o condemnado, pelo contraste entre o estado anterior e aquelle em que se encontra, pela acerbidade do castigo, medite na enormidade do crime, cuja irracionalidade conceberá, e no inquebrantavel direito que á sociedade, para satisfacção da lei moral e dos interesses da collectividade, assiste em punil-o e reprimil-o.

Se temos dito que o isolamento deve ser conve-

nientemente entendido e empregado, isto é, não exagerado nem no tempo nem na execução, é porque a observancia do contrario acarretaria sobre o condemnado deploraveis desordens organicas e moraes, impediria a sua moralisação, aliás incomprehensivel sem a intervenção humana, e aniquilaria no homem o habito social.

O systema irlandez, no qual a clauzura cellular teve, após um inquerito medico e administrativo, um maximo determinado e cujo limite razoavel não discutiremos, porque as instituições sociaes, devendo harmonisar-se com a exigencia de multiplices condições, não podem assentar sobre a invariabilidade, é por sem duvida, entre os systemas penitenciarios militantes, aquelle que mais se compadece com o fim da pena, porque n'elle não ha o risco de, pelo excesso, se inutilisarem os effectos salutaes, ainda que repressivos, do isolamento moderado.

Tambem o trabalho, quer como beneficio quer como meio de ordem ou de reformação, realisa no systema progressivo a sua mais lata e remuneradora expansão.

Apregoados os inconvenientes do trabalho cellular individual, que tem entre outros defeitos o de ser menos productivo, economico, generalisavel e compativel com a variedade de vocações, reconhecidas as deficiencias ainda existentes dos trabalhos communs nas officinas mal organisadas d'algumas prisões cellulares, surge, como grandemente vantajoso para os presos e para o estado, o trabalho colectivo exterior, bem disciplinado, nas penitenciarias agricolas, nas construções hydraulicas e similares.

A isto accessé o grave inconveniente, a que é

mais propicio o regimen de trabalho individual, de ensinar officios e profissões repugnantes á anterior educação dos presos—v. gr. tornando artistas os agricultores—e de fomentar a centralisação d'aquelles, quando libertos, em terras populosas, deslocando-os da vida rural com visivel detrimento da industria nativa.

O ensino, mesmo o simplesmente escholar, não é nem póde ser melhormente distribuido nos systemas philadelphico e no de Auburn; e a instrucção e a educação não têm maior estimulo do que a recompensa pelos successivos estadios ou graduações beneficas do castigo.

Isto é evidente, porque, se o isolamento dispõe para a regeneração, o trabalho torna-a mais fecunda, e a liberdade condicional, característica mais notavel do systema, será, em quanto expectativa, uma aspiração á mais perfeita moralisação, e, quando facta, um galardão conquistado na lucta pelo bem, do qual, sem impressão dolorosissima, não haverá facil abdicção ou despojo.

É porque a liberdade é um sentimento vivetissimo, o mais poderoso talvez da alma humana.

A disciplina não é menos acatada no systema progressivo do que em outro qualquer, nem menos proficua.

O esteio da disciplina penal é e deve ser antes o estimulo de que o terror e a severidade. O terror apavora, a severidade póde desesperar, e em qualquer dos casos o resultado não será util á moralisação das prisões, porque afflue de sentimentos anormaes.

O estimulo da successiva benignidade na execução da pena importa uma natural aspiração para o bem material e para o bem moral.

O homem desafoga-se, allivia-se e eleva-se.

A disciplina do systema irlandez tem produzido, como já vimos, (§ 50) optimas consequencias na regeneração dos delinquentes; ao passo que o regimen do isolamento não a deixa expandir em beneficos resultados, pelo contrario manietta-a, absorve-a, inutiliza-a.

No systema progressivo, em que são indispensaveis a cooperação e o interesse do preso, que devem conseguir-se pelos meios apropriados, poêm-se em jogo os seus mais aproveitaveis sentimentos, o arrependimento, o medo, a esperança, a dignidade, e todos elles se auxiliam mutuamente na escala das graduações d'esta penalidade composta, servem de degraus uns aos outros e correspondem mais ou menos ás phases expiatorias do systema ou áquellas graduações.

É claro que, propugnando o systema prisional irlandez com a liberdade provisoria por complemento, queremos que a graduação das penas empregadas n'este regimen, maximé aquella liberdade, já considerada como instituição util para a execução das penas e digna de ser mantida e aperfeiçoada, se baseiem stricta e ineluctavelmente no mais perfeito conhecimento da progressiva refórma moral do criminoso; conhecimento que deve ser adquirido á custa de profundas observações e de reiteradas experiencias e provas.

Repellimos a libertação do facinora que nos periodos iniciaes da pena revelou a impenitencia da sua indole e mostrou acalentar odio á sociedade e represalia sangrenta aos seus julgadores; mas pedimos a dulcificação gradual do castigo e por ultimo a liberdade d'aquelle, que, porque a desgraça ou a occasião que não a perversidade o tornaram criminoso, foi encerrado n'uma cella nua e fria, onde se arrependeu do

delicto e aneia por demonstrar a sua emenda radical.

Queremos a prova cellular sim, mas breve, medida pelo progresso da morigeração e sempre por um espaço de tempo supportavel que constitua castigo, porém castigo que vê proximo horisontes redemptores allumiados pela esperança do perdão e pela auro-ra da rehabilitação social.

O snr. José Luciano de Castro foi o primeiro que trouxe ás discussões parlamentares a moderna idéa de liberdade provisoria dos condemnados.

Apresentando-a como recebida em alguns paizes e defendida pela maior parte dos criminalistas italianos, que a consideravam consentanea com os principios mais elevados do direito penal e um saudavel complemento do regimen penitenciario, queria elle que, demonstrada a emenda do condemnado pelo seu bom procedimento, actos de resignação e conformidade, fosse restituído á sociedade medeante certas cautelas e sob snjeição á vigilancia policial. Propugnou o pensamento de não fazer transitar logo o criminoso da cadeia ou do degredo para o meio social, querendo um periodo intermedio ou transitorio de provação e de experiencia, que seria o da liberdade condicional; assim como foi de opinião que, no caso de procedimento irregular ou de reincidencia, o poder executivo cassasse ao libertado aquella garantia.

Eis a sua proposta:

«Artigo. . . Ao condemnado a prisão cellular maior ou a degredo, que tiver soffrido dous terços das penas, poderá ser concedida liberdade provisoria, sob as seguintes condições:

1.<sup>a</sup> Nota de melhorado no livro de registo;

2.<sup>a</sup> Fiança de pessoa abonada que lhe assegure meios sufficientes de trabalho e subsistencia durante o tempo de liberdade provisoria;

3.<sup>a</sup> Informação favoravel da administração do respectivo estabelecimento penal e do ministerio publico;

4.<sup>a</sup> Obrigação de residir no local designado pela auctoridade administrativa de accordo com o ministerio publico;

5.<sup>a</sup> Reintegração no estabelecimento no caso de mau procedimento, não lhe levando em conta n'este caso, para o cumprimento, o tempo que tiver gosado de liberdade.

§ 1.<sup>o</sup> A liberdade provisoria será concedida pelo governo, mas unicamente sob proposta da administração do estabelecimento penal, de accordo com o ministerio publico.

§ 2.<sup>o</sup> A concessão de liberdade provisoria será cassada pelo governo a requerimento do ministerio publico no caso e para os effeitos do n.<sup>o</sup> 5 d'este artigo.

O então ministro da justiça, conselheiro Lopo Vaz, declarou que a proposta da liberdade condicional representava uma opinião contraria aos principios que professava. Para elle a pena devia ser proporcionada ao delicto, ficando este na devida proporcionalidade com a indemnisação do damno social; que a moralisação do criminoso, posto fosse attendível, não podia destruir a effectividade da pena e o desaggravo da sociedade e que a liberdade provisoria, sendo admittida, substituiria a fixidez da lei e da sentença pelos actos mais ou menos arbitrarios do poder executivo e pelas opiniões das auctoridades da administração publica.

É evidente para nós que n'esta resposta o minis-

tro deu uma interpetração draconiana aos principios de expiação e de utilidade social.

A proporcionalidade da pena ao delicto não se podia considerar destruida pela proposta do illustre deputado; pelo contrario, a proposta resalvava-a com a manutenção do periodo dos dous terços da pena comminada, o qual constituia um espaço de tempo bastante para o soffrimento do individuo e para o exemplo social.

O terço restante era a recompensa eventual d'uma comprovada e edificante morigeração, em que a sociedade attentaria com agrado e de cuja contemplação lhe adviria proveitoso ensinamento.

Barbara é a doutrina que pela adopção d'uma proporcionalidade arithmetica e pela apothese das penas fixas, inalteraveis e fataes como a vingança dos deuses, em nada reputa a regeneração do homem, que foi ou algum tempo vicioso ou talvez sempre um desgraçado.

A emenda do preso, inadmissivel sem os seus enormes esforços, é já um bem que merece remuneração; e, se os partidarios da expiação se baseiam no principio da justiça absoluta, hão de logicamente evitar que o criminoso corrigido seja em tudo equiparado ao incorrigivel ou ao hypocrita.

A liberdade condicional póde, pois, justificar-se em face do interesse individual e social e dos principios que regem a doutrina da expiação, que aquelle ministro invocou.

Ao direito de punir não é dado preterir e desprezar, mas sim acolher, o fim racional da penalidade; e este já ha muito que, na sciencia criminal e nas opiniões dos philosophos, é, não o terror, mas primaria-

mente a emenda—facto mais proficuo ao criminoso e á sociedade do que o seu desespero ou a sua passividade imbecil.

O poder executivo não substituiria a fixidez da lei e da sentença pelos pareceres das auctoridades da administração publica; pois que, adoptada no código a liberdade condicional, aquelle poder não teria mais direito do que, como em muitissimos outros casos, verificar a existencia e procedencia de certas condições que esse mesmo código, e portanto a lei, pre-estabelecêra para a execução de um ou mais dos seus proprios preceitos.

Onde ha o cumprimento da lei não existe o arbitrio. A fixidez da lei não é uma expressão de rigor absoluto.

As informações e opiniões d'aquellas auctoridades, não poden lo, em these, reputar-se arbitrarias, injustas ou abusivas, mas exactas, sinceras e veridicas, como poderiam tornar dependente ou oscillante o cumprimento da pena imposta?

Suppor esse facto seria dar ao abuso a consagração e os lóros d'uma idéa preponderante ou ao menos inattacavel, e desconhecer a justa e racional acção do funcionalismo nas varias provincias da administração publica.

O legislador, longe de admittir e recuar perante o fatalismo do abuso, deve esforçar-se por destruil-o onde quer que o encontre, empregando para isso os meios apropriados que nunca fallham á acção legal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vej. Diario da C. dos S. Deputados, sess. de 21 de abril de 1881.

Martino Beltrani Scalia<sup>1</sup>, inspector geral das prisões italianas, vê no systema penal progressivo ou irlandez as seguintes virtudes que lhe tornam preferivel aos systemas antagonistas:

1.º Se a pena deve ferir e curar ao mesmo tempo, o systema gradual é preferivel porque, sendo mais consentaneo com a natureza humana, é mais idoneo para suscitar no animo do culpado a força de resistencia ás tentações que o impelliram ao delicto.

2.º Sendo a natureza humana essencialmente sociavel, ninguem se póde adaptar a um longo isolamento sem grande violencia para a sua propria natureza;

3.º Nenhum systema supera nos effeitos moraes o progressivo, porque n'este o criminoso tira da esperanza de abreviar a pena com o trabalho e a boa conducta a força necessaria para a sua mais rapida e efficaç reforma;

4.º Se é indispensavel conhecer o caracter de um condemnado, não só pelo que respeita á disciplina de prisão, mas tambem para o apreciar no momento de ser posto em liberdade, nenhum systema mais adequado para isso do que o progressivo, porque o condemnado é posto em contacto com elementos diversos e por isso mais exposto ao perigo de recahir, revelando os seus intentos e propositos;

5.º Se outro elemento da reforma moral dos criminosos é o trabalho proficuo e util para si e para os outros, nenhum systema proporeçioua meio mais conveniente ao trabalho de condemnados do que o pro-

<sup>1</sup> La riforma penitenziaria in Italia, cit. por A. Castello Branco, obr. cit., pag. 79 e 80.

gressivo, porque é compatível com o maior numero de artes e officios, torna menos dispendiosa e menos demorada a aprendizagem, favorece mais a vigilancia do trabalho e torna possível a acção productiva dos condemnados pertencentes á classe agricola, beneficio immenso para os que tenham de voltar ás suas occupações anteriores, cumprida a pena;

6.º Se o systema cellular permite uma redução da pena, ou que se inflinja ao criminoso uma de duração menor, porque o isolamento inspira confiança pela dureza da repressão, vantagem identica se obtem com o systema progressivo e com mais segura garantia de pôr em liberdade, não um preso excellente, mas um bom cidadão».

Um dos indiscutíveis e reconhecidissimos defeitos da aliás nobre e liberal instituição do jury criminal é a inversão da sua attribuição de julgar conforme a prova moral pela de *perdoar* aos criminosos, quando entende que a penalidade correspondente ao delicto é longa ou cruel.

No fóro criminal é quotidiana a observação de que o jury hesita perante a comminação d'uma pena que obrigue o condemnado a um demorado tempo de isolamento cellular.—

É um mal entendido sentimento, incompatível com a rigorosa obrigação do jury, é mesmo um abuso, concordamos; mas é infelizmente um facto.

Por isso é prudente acatar todas as idéas tendentes a destruir este injustificado preconceito.

Pela escolha do melhor systema penal convença-se o jury de que o castigo é mais educativo e moralizador do que afflictivo, e ter-se-ha demovido uma das grandes difficuldades que provocam o desvirtuamento

dos intuitos racionais e deveres legais d'aquella instituição.

Já um dos primeiros criminalistas da Allemanha<sup>1</sup> o reconheceu dizendo. «Em todos os paizes onde a lei penal é demasiado rigorosa a consciencia publica a reprova, e a experiencia revela que os delictos vão crescendo, porque os delinquentes esperam que o juiz preferirá a declaração da não culpabilidade ao remorso de haver cooperado na applicação d'uma pena excessiva».

Todos os que têm pratica dos tribunaes conhecem por experiencia propria que as penalidades exaggeradas, longe de constituirem um remedio, são sempre a razão determinativa da impunidade dos crimes, dizia tambem o parecer da commissão de legislação criminal da camara dos senhores deputados em 1884<sup>2</sup>.

Este procedimento do jury vae accarretando o seu descredito. Tarde chama-lhe instituição *prud'homme*, Garofalo alcunha-o de *baroque* e a consciencia publica, o que é peor, não procura defendel-o de taes accusações.

53. O systema irlandez é pois aquelle que, attento o seu mechanismo gradual, melhor corresponde á idéa de justiça, mediante o elemento afflictivo e mortificante que innegavelmente contém na clauzura cel-

<sup>1</sup> Mittermayer, *Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. por C. A. Alexandro, Paris, 1848, pag. 2.  
<sup>2</sup> Vej. Diário respectivo, sess. de 4 de abril.

lular<sup>1</sup> mais ou menos duradoura, e á idéa de utilidade social mediante a intimidacão que incute pelo exemplo e pelo estado de impossibilidade para o crime a que reduz o delinquente, ao qual ao mesmo tempo illustra e moralisa para o tornar um bom cidadão.

Além d'isso obriga a sociedade a attentar na sua emenda progressiva e refórma moral, para que o levante e acolha da sua degradação civica como a um filho prodigo, o anime na senda do bem, e lhe suavise o trilho escabroso da virtude sem lhe protelar a nodoa da infamia,— a morte civil—além do periodo da expiação.

Este systema penitenciario não é um sonbo de philantropos visionarios, é, pelo contrario, uma realidade devida ás lucubrações dos homens que pensam e sentem. Não deve elle perfilhar-se só porque seduza com o prurido da novidade, mas sim porque revele ponderosas e indiscutíveis vantagens na regeneração do homem vicioso, visto que, á luz da sciencia moderna, a penalidade deve ser, se não inteiramente pelo menos parcialmente, o remedio d'uma doença moral.

Assim o têm encarado os criminalistas e as legislações; aquelles propugnando-o e vulgarizando-o, estas ordenando experiencias de concessão de liberdade provisoria, como a França, Austria, Inglaterra, Italia, Irlanda, Hungria, Allemanha, Finlândia, Saxonia e alguns cantões da Suissa, ou, como grande parte d'essas nações, admittindo francamente todas as graduações do systema.

D esta maneira vae elle disputando a arena aos

<sup>1</sup> Vej Relatorio do D. de 20 de novembro de 1884.

outros systemas penitenciarios com a esperanza de os substituir nos collegos criminaes, até que da intelligencia humana, sempre fecunda e progressiva, brote outra fórmula mais perfeita de regimen prisional que corresponda á phase philosophica e á feição humanitaria que então caracterisarem a penalidade.

Precisamos de dizer que não vemos repugnancia entre a adopção do systema progressivo e a rejeição da theoria correccionalista (§ 28), cuja essencia é a regeneração do delinquente, porque aquelle systema tem ao mesmo tempo a regeneração como base e como fim, embora sem o exclusivismo, que torna rejeitavel aquella theoria.

Egualmente não ha lucta ou antinomia entre o regimen penitenciario gradual e a theoria de Ortolan, que perfilhamos (§ 32); pois que a parte afflictiva e dolorosa das provações do systema satisfará á idéa de remuneração do mal pelo mal, um dos fundamentos da doutrina eeclectica sobre o principio social de punir.

54. De modo algum se pretende affirmar que o systema irlandez esteja immaculado de defeitos; pelo contrario ha n'elle gravissimas difficuldades a vencer<sup>2</sup>:

<sup>2</sup> Já depois de escriptas, embora não de todo revistas, as ultimas partes d'este trabalho, tivemos occasião de ler as theses do programma do Congresso Juridico que ha de reunir brevemente em Lisboa. Applaudimo-nos sinceramente ao considerar que o nosso pequeno paiz, aspirando nobremente ás conquistas da civilisação— que não pode nem deve ser o apanagio exclusivo das potencias que nas altas espheras da politica internacional se appellidam de primeira ordem—, tratava de debater em campo aberto a todos os espiritos as mais palpitantes e uteis questões de direito e de jurisprudencia.

Qual a rigorosa base para a determinação das varias classificacões adoptadas no systema progressivo?

De que modo obstar á fallibilidade na apreciação da verdadeira regeneração dos presos, a fim de que ella não possa confundir-se com a hypocrisia?

Qual o melhor meio de realisação do trabalho colectivo tanto interior como exterior?

Quaes as mais proficuas fórmulas de vigilancia policial sobre o libertado e de sua salvaguarda social?

Como harmonisar os interesses do trabalho penal com o livre para evitar-se o prejuizo da mutua concorrência?

---

Na secção do direito criminal não podia preferir-se o momentoso problema do principio penitenciario, e, com effeito, a elle se referem as theses 18.<sup>a</sup>, 20.<sup>a</sup> e 21.<sup>a</sup>.

A primeira parte da these 18.<sup>a</sup>—*se o systema penitenciario quando exclusivo e unico, abrangerá os mais importantes phenomenos da criminalidade, e, não os abrangendo, se se converterá n'uma instituição contraproducente e nefasta*—é de um alcance immenso, porque pôde abarcar todas as questões emergentes d'aquelle regimen prisional.

É preciso percorrer as modernas classificacões ou cathogorias de delinquentes e typos intermediarios, estudar os respectivos caracteres psychicos e organicos, correlacionar os elementos observados e as leis apuradas n'esse complicadissimo estudo das degenerescências e determinacões psychopathicas com os mais salientes factos criminaes, e depois d'isto conceir se a therapeutica applicavel a todos esses factos, proveniente da idiotia moral, anesthesia do senso moral ou do transtorno psychologico accidental, poderá ser, qual panacéa univorsal, o systema penitenciario.

Semelhante trabalho é para folegos titanicos, para espiritos d'uma variedade de conhecimentos de psychologia, antropologia e sociologia verdadeiramente invejavel.

Parece-nos todavia que o intuito da these, se são exactas as ultimas conclusões da escola penal positiva e admissiveis as suas classificacões, é utopico por demasiadamente extensivo; visto que o regimen penitenciario jamais poderá utilisar ao delinquente nato e ao criminoso alienado, seres antropologicamente equivalentes, e assim têm de ficar de fóra d'elle os actos delictuosos d'estes dous typos ou grupos.

Até que ponto ha de ser extensiva ao libertado a acção das sociedades de beneficencia e patronato?

Estes e outros problemas são realmente da mais alta transcendencia e ainda se não disse sobre elles a ultima palavra; porem já é bom conceber e propagar uma idéa generosa e util, porque a sua melhor execução o espirito humano a encontrará um dia.

A esphera do direito criminal está constellada de questões mais ou menos soluveis, de maior ou menor facilidade na applicação. A legislação inspirada pela theoria já pôde determinar e classificar as hypotheses que devem considerar-se crimes, estatuir alguns casos

---

Para o caso negativo, pergunta-se na these se o systema penitenciario será contraproducente e nefasto.

É menos logica esta pergunta.

Pois quando mesmo viesse a demonstrar-se que o systema penitenciario não abrangia os mais importantes phenomenos da criminalidade, a conclusão a tirar deveria ser se tal systema se transformava em uma instituição contraproducente e nefasta?

Não. Isso importaria como que admittir implicitamente, sem meios termos, que o principio penitenciario ou é um especifico quasi absoluto ou... um veneno!

Mais acertado era que, no caso de julgar-se insufficiente o systema penitenciario para a comprehensão dos phenomenos indicados, se interrogasse se elle poderia ainda assim abranger alguns e quaes, bem como se, quanto a elles, seria uma instituição proficua e até que ponto.

Note-se que a these allude ao systema penitenciario em geral e não simplesmente a uma formula especial d'elle, v. gr. ao periodo de clauzura cellular.

A these 20.<sup>a</sup>—*que reformas importa fazer nos systemas penaes em vigor e nas disposições relativas ás circumstancias modificadoras da responsabilidade pelo crime para que a lei offereça contra todo o delinquente de qualquer das cathogorias conhecidas em antropologia criminal, um meio de repressão ou de segurança, sempre correspondente ao estado mental e moral d'elle, e, quanto possivel, em relação com a direcção particular da sua tendencia criminosa*—é uma consequencia d'aquella, é a sua applicação.

Delimitado o campo de acção do systema penitenciario e determinados os factos criminaes que elle podia comprehender, era mis-

de isenção de responsabilidade, etc.; mas quando a sciencia criminal trata de estabelecer o grau de intensidade da pena e a sua proporcionalidade ao delicto, ella, perante a mysteriosa organização do homem e a infinita variedade dos factos sociaes, balbucia, tactèa, avança, retrocede, e quasi se julga impotente.

Com este prende-se outro problema de criminologia, em cuja solução se guerreiam as escholas philosophicas e se debatem affincadamente as opiniões dos modernos penalogistas: é o enorme problema da

ter averiguar as modificações a fazer na idéa de responsabilidade criminal e nos systemas penaes já adoptados, para os harmonisar com as differentes categorias de delinquentes, e com a sua pathologia psychica e moral proprias.

Na these 21.<sup>a</sup> propõem-se as seguintes questões—*sequestração indeterminada do criminoso, condições da liberdade provisoria ou definitiva, predeterminação do minimo da pena na sentença condemnatoria e base positiva para a limitação legal das penas.*

Sem desconherermos que a discussão de alguns d'estes pontos de these 21.<sup>a</sup> póle travar com o mechanismo do systema das gradações ou irlandez, ainda assim é para estranhar que, apregoado notavelmente este typo de regimen penitenciario, não se formalassem abertamente uma ou mais theses especificando os seus differentes graus ou estadios.

Falla-se das condições de libertação provisoria ou definitiva do condemnado, mas omittte-se o que diz respeito ás condições e duração do periodo inicial de isolamento, á prova das cadeias intermediarias de regimen benevolo, ao trabalho penal exterior, á influencia e acção das associações de patronato, etc.

E tanto mais para notar é esta omissão quanto é certo que pelo Decreto de 20 de novembro de 1881, art. 12, o conselho geral penitenciario, a quem compete propor ao governo as convenientes modificações no regimen penitenciario, e mesmo propor a organização de sociedades de protecção aos condemnados que tiverem expiado as penas, melhor se habilitaria pela discussão publica d'estes problemas a fazer indicações conscienciosas e de reconhecida utilidade.

Por ventura não seria justo e proveitoso que, na falta de offerecimento de theses proprias e completas, a commissão executiva dos trabalhos do congresso fizesse formular em separado as questões ainda não resolvidas dos principaes systemas penitenciarios e que, caso fossem consideradas estereois para o fim da pena, propozesse

responsabilidade moral dos delinquentes<sup>1</sup> — medida da criminalidade dos seus actos—em volta do qual por muito tempo hão de terçar armas os mais ardentes

então os assumptos tendentes ao melhoramento do existente e á pesquisa de novas condições, elementos e requisitos de progresso prisional?

Oxalá que na confecção dos relatorios e nas discussões, tanto dos pareceres das secções como nas sessões plenarias, se possa remediar o que na secção relativa ao direito criminal, nos pareceu deficiente, ou pelo menos, pouco claro e logico.

1 Dissemos no § 29 que para a eschola positiva penal o problema da responsabilidade moral era um postulado impossivel; agora, a proposito, seja-nos permittido desenvolver os fundamentos de tal asserção.

Compreende-se bem a razão pela qual os positivistas affirmam que, quando a sciencia attingir a perfeição a que visa, a theoria determinista aniquillará o preconceito da responsabilidade moral, a velha fortaleza gothica do livre arbitrio na phrase de Letourneau.

A dualidade do homem é para elles uma ficção tradicional, que já o pantheismo de Spinoza com a sua substancia divina unica, infinita e dons attributos—extensão e pensamento—havia começado a dissecar, porque tambem admittia a necessidade absoluta nas relações dos seres, Deus e homem.

Substancia immaterial, a alma, repulsada como uma concepção idealista para os dominios d'uma esterilizada ontologia, deixou de ser o Deus ex-machina de todo o organismo; a grande lei da evolução, dominando com uma necessidade por assim dizer mathematica toda a phenomenalidade cosmica, biologica e social, passou a fornecer os dados genuinos, authenticos, scientificos para a resolução do enigma humano. Ha leis sómente physicas no universo; o caracter e as qualidades do homem derivam da especie animal e são a traducção psychica do seu temperamento e funcionalismo; elle tem, como diz Maudsley, o destino que os seus antepassados lhe crearam.

São factores d'aquelle temperamento a hereditariedade e a influencia do meio—factores antropologicos e sociaes—cuja acção é determinante e inevitavel emquanto subsistirem.

Mas o positivismo, note-se, não é original n'esta idéa da imperfeição humana.

Já a religião a preconcebera, como lembra P. Janet, fundando sobre ella a doutrina do peccado original.

Já a Igreja a havia dogmatisado, filiando-a, porem, na perda da innocencia primitiva do homem e socorrendo-a pela graça divina coexistente com a liberdade.

sectarios d'aquellas escholas, os mais convictos paladinos das opiniões discordantes.

É por isso que, escolhendo o melhor no campo das

Platão mesmo, lê-se em Maudsley, ensinava que a maldade provinha da organização e da educação.

Os positivistas, dando a hypótese da universalidade das leis naturaes os fóros de axioma scientifico, sustentam que os actos criminaes são productos necessarios d'aquelles factores, e, combatendo *à posteriori* a liberdade moral que os fatalistas combateram *à priori*, julgam a idéa da responsabilidade moral inconciliavel com o determinismo absoluto de toda a actividade humana.

E-labeleendo que a virtude e o vicio são productos como o vitriolo e o assucar, que o crime provem de condições antropológicas e sociaes, que o homem é aquillo que os seus avós e a sociedade moldaram, que os delictos não são filhos das paixões voluntariamente adquiridas ou da perversidade moral premeditada, querem elles ainda assim que o homem, manietado á irresponsabilidade d'aquellas influencias para elle insuperaveis, tenha uma responsabilidade qualquer social e seja julgado não pela consciencia ou inconsciencia dos seus actos, mas pelos prejuizos que occasionou aos seus semelhantes, isto é, em nome do interesse commum, do *util scientifi-camente determinado!*

No pendor d'estas afirmações, cujo absolutismo para logo induz a sua inexactidão, descem até á apothose monstruosa do cadafalso, e, proclamando a pena de morte como um direito social, empareceram-se com José de Maistre que, em nome d'um principio essencialmente divergente, preconisava a força como um holocausto propiciatorio ás coleras d'um Deus terrivel, o Jehowah das Escripturas.

Creemos louvaveis as intenções dos positivistas; mais francos porém deviam ser elles, deixando-se de denominações fallazes e apresentando-se, taes quaes são, claramente fatalistas.

Mas este desdem pelo principio da liberdade moral não passa desaperecebido; ha quem contra elle se insurja, apodando de illegitima a sentença do positivismo e sustentando que esse principio não constituo um problema de metaphysica que qualquer systema tenha o direito de desprezar, mas sim um problema susceptivel de solução scientifica. E n'esta replica da eschola espiritualista não têm somenos auctoridade os nomes de Victor Cousin, Jules Simon, Lachelier, Saisset, Renouvier, Jacques, Vacherot, Paulo Janet, Fonsegrive e tantos outros que reconhecem leis proprias no organismo moral do homem e acatam o principio da liberdade e da responsabilidade humana.

Não ignoram estas que a vontade é solicitada por motivos internos e externos, mas admittem tambem que a consciencia moral suggere motivos, os quaes são diferentes de todos os mais, porque

doutrinas, no terreno das theorias, as normas a invocar e seguir depois nos casos difficeis são as vozes da

importam uma obrigação absoluta de fazer o que a razão proclama bom e uma prohibição formal de praticar o que ella apregoa mau.

«A acção determinante que as causas exteriores exercem sobre a nossa vontade, diz E. Joyau, é um phenomeno natural que não pôde deixar de produzir-se e que é regido por leis necessarias. Nasce commosco um certo temperamento; a realisação dos phenomenos vitaes, o modo de funcionamento dos nossos orgãos corporaes é para nós um principio de muitos prazeres e de muitas dores. Um grande numero de outras sensações e idéas nos são fornecidas e suggeridas pelas circunstancias em que nos collocamos, pelos objectos e seres que nos cercam, pelos exemplos que vemos, pelo meio cosmic e, principalmente, social em que vivemos, pelas acções, enfim, que praticamos; assim nascem as inclinações, tendências, paixões, e habitos, que abandonados a si proprios, se tornam cada vez mais imperiosos.

Que digo? Elles são continuamente fortalecidos e excitados pela repetição das mesmas circunstancias. A espontaneidade natural da nossa actividade, a tendencia interna que nos leva a fazer o que é razoavel e bom não pôde manifestar-se senão com a condição de triumphar de todos estes adversarios. E poderá fazê-lo? Isso depende de nós e somente de nós. Socrates e todos os moralistas depois d'elle sustentaram que a virtude não pôde ensinar-se e que é um bem verdadeiramente pessoal, que cada um pôde e deve adquirir pelos seus proprios esforços. A nossa vontade só é livre se nós o quizermos. Se não resistimos, as forças exteriores apoderam-se inteiramente de nossa pessoa e exercem no nosso procedimento o imperio mais absoluto.

A existencia em nós d'uma espontaneidade moral é-nos revelada pela consciencia, a qual simultaneamente julga porque caracteres esta tendencia se distingue das outras; comprehendemos a razão pela qual ella nos leva a praticar tal acção e sentimos o dever de obedecer-lhe. Podemos tomar um imperio immediato sobre os nossos pensamentos, deter-lhes o curso, e este esforço de attenção emancipa a nossa actividade. Não o esqueçamos; este esforço diminue pela repetição e o habito torna-o cada vez mais facil.

O principio da liberdade da vontade é, pois, a liberdade da intelligencia, e o principio d'esta é o caracter obrigatorio da lei moral.

M. Castle, que pretendem conciliar a phrenologia com o espiritualismo, depois de fazer sentir que sem a intervenção da intelligencia não ha a liberdade, confessa: «Insistindo n'esta conclusão a phrenologia, longe de negar a liberdade e a responsabilidade do homem, proclama que o seu systema psychico o torna capaz d'uma

razão, os dictames da consciencia, as exigencias do justo interesse e as lições da experiencia social.

vontade racional ou esclarecida o reconhece que o progresso é um effeito directo d'esta vontade e d'esta intelligencia».

Não será facil destruir o principio da responsabilidade moral do homem nem desenraizal-o das crenças vastissimas da humanidade.

O indeterminismo, que não desconhece a força dos motivos, pôde admitir a irresponsabilidade d'aquelles individuos que por defeitos organicos ou condições accidentaes não sabem distinguir o bom do mau, o falso do verdadeiro; o que não pôde é aceitar a irresponsabilidade d'aquelles que praticam o crime, porque, inertes, sem reacção, deixaram que as paixões e os costumes viciosos se assenhoreassem das suas faculdades, falseando a intelligencia e impellido a vontade para o mal.

A responsabilidade moral é uma legitima consequencia da liberdade, como esta é, no dizer de Renouvier, a condição de toda a certeza.

Alguns positivistas mais sinceros não preferem por completo a doutrina da responsabilidade. Herbert Boëns, por exemplo, diz:

*«Nous demandons seulement que le principe de la responsabilité morale au lieu d'être mis en première ligne dans l'appréciation de la criminalité, soit relégué au troisième plan et soit compris dans les considérations relatives à cette question».*

Em geral o determinismo não o entende assim, é mais radical, e é por isso que os seus adversarios o acoimam de violentar os sentimentos mais intimos da consciencia moral, e de tender, sob o ponto de vista social, á suppressão de liberdade individual e á proscricção do genio e do progresso, em nome dos principios da sciencia e dos interesses mais sagrados da sociedade, attribuindo estes attentados ao programma de organização politica traçado por Augusto Comte—o despotismo mais rigoroso a excluir toda a originalidade e toda a iniciativa individual e a vitalisação artificial do sensualismo moderno a idéa de progresso.

São estes os pontos differenciaes das escholas espiritualista e positiva no assumpto da responsabilidade moral. Vej. E. Joyau, *Essai sur la liberté morale*, Paris, 1888; Herbert Boëns, artigo citado; Letourneau, *obr. cit.*, pag. 227; Léon Brothier, *Histoire populaire de la philosophie*, Paris (biblioth. util.), pag. 187; Janet, *Le cerveau et la pensée*, Paris, 1867, pag. 115; Mandsl'y, *obr. cit.*, pag. 21; Castle, *Phrénologie Spiritualiste*, Paris, 1862, chap. IX, que se inserveo: *de la fatalité et du libre arbitre*.

FIM

## INDICE

Preambulo . . . . . PAG. VII

### PRIMEIRA PARTE

#### EVOLUÇÃO HISTORICO-PHILOSOPHICA DA PENALIDADE

##### CAPITULO I

1.—Influencia da civilisação no direito criminal . . . . .	1
2.—Aspectos da noção de penalidade; fórmulas successivas da justiça criminal desde os tempos antigos . . . . .	3
3.—Penalidade entre os hebreus, egypcios, gregos, romanos e outros povos; principio que a domina; vingança privada representada na pena de talião . . . . .	6
4.—Direito penal dos romanos durante o imperio . . . . .	10
5.—Elementos romano, barbaro e christão depois da queda de Roma; confronto dos romanos com os barbaros; invasão dos barbaros . . . . .	11
6.—Sua fixação no territorio romano; vingança privada e systema das composições . . . . .	13
7.—Barbarie e feudalismo; justiça real, senhorial e ecclesiastica; penalidade subordinada á vingança senhorial; predomínio das multas e da tortura . . . . .	15
8.—Libertação das communas; direito penal em face dos elementos municipal e feudal . . . . .	17
9.—Motivos da preponderancia da realza desde o fim do seculo 12; centralisação do poder real; caracter das penas; creação do ministerio publico . . . . .	18
10.—Legislação criminal depois do estabelecimento dos governos livres; revolução philosophica e social no seculo 18; direito e legislação criminal depois de 1789 e sob o consulado, imperio, restauração, monarchia de julho, republica de 1818 e segundo imperio; codigos penaes de algumas nações . . . . .	19

## CAPITULO II

	PAG.
11.—Epochas da legislação criminal patria . . . . .	25
12.—Civilisação dos lusitanos; indole severa da penalidade. . . . .	26
13.—A Luzitania reduzida a <i>formula provinciar</i> ; a legislação criminal n'esta epocha não tem caracter particular . . . . .	28
14.—Passagem dos barbaros na Luzitania e fundação da monarchia gothica; o systema penal do codigo wisigothico é inspirado na vingança arbitraria, comtudo apresenta algum progresso . . . . .	29
15.—Invasão dos sarracenos e ruina do imperio gothico; fundação do reino de Leão; legislação criminal dos godos submettidos e dos independentes; foraes . . . . .	32
16.—Doação do territorio portugalense ao conde D. Henrique; a legislação sobre os primeiros reis; o direito penal inspira-se ainda na vingança privada . . . . .	34
17.—Leis geraes em 1211; progresso da legislação criminal no tempo de D. Diniz . . . . .	35
18.—Influencia da Igreja e pretensões do papado; introdução do direito canonico e da jurisprudencia justinianea; emprego de penas barbaras; principios de intolerancia; Ordenações affonsinas dictadas especialmente pelo direito canonico e romano; systema e divisão das Ordenações manuelinas . . . . .	36
19.—A reforma dos foraes e o estabelecimento da inquisição como influem na penalidade; espirito das Ordenações philippinas . . . . .	33
20.—Tentativas de reforma da legislação criminal antes e depois da revolução de 1820; continuação das mesmas tentativas na Carta Constitucional e na constituição de 1838 . . . . .	41
21.—Antecedentes do Codigo Penal de 1832; conceito de Levy Jordão acerca d'elle; reforma penal de 1 de julho de 1867, creando o systema penitenciario; nova reforma penal de 1883; opinião de Navarro de Paiva; Codigo Penal de 1886; apreciação . . . . .	43

## SEGUNDA PARTE

## DIREITO DE PUNIR

## CAPITULO UNICO

22.—Relações entre a penalidade e o direito social de punir . . . . .	51
-----------------------------------------------------------------------	----

	PAG.
23.—Diversidade de theorias acerca do fundamento d'este direito; theoria da vingança e suas modificações . . . . .	52
24.—Theorias do contracto social . . . . .	54
25.—Theoria utilitaria de Bentham . . . . .	55
26.—Theorias da reparação, da defeza ou conservação social e da intimidação ou constrangimento moral . . . . .	58
27.—Theoria da justiça absoluta . . . . .	57
28.—Theoria correccionalista . . . . .	59
29.—Theoria de Gall; principios da eschoa penal positiva . . . . .	60
30.—Aplicação da doutrina determinista . . . . .	70
31.—O direito de punir em face da suggestão hypnotica . . . . .	84
32.—Adopção da theoria eclectica de Ortolan . . . . .	89
33.—Rejeição das modificações que lhe faz Bertauld . . . . .	92

## TERCEIRA PARTE

## PRISÃO EM GERAL E PRISÃO CELLULAR

## CAPITULO UNICO

34.—Necessidade da pena de prisão; suas especies . . . . .	99
35.—Sua existencia atravez dos tempos . . . . .	101
36.—Antecedentes historicos do regimen penitenciario; opiniões diversas quanto á sua origem . . . . .	102
37.—Esforços humanitarios da seita dos quaquers nos Estados-Unidos; fundação da prisão de Walnut-Street em Philadelphia, systema e defeitos; outras prisões; creação das penitenciarias de Auburn, Pittsburg e Cherry-Hill e seus regimens; systemas penitenciarios adoptados definitivamente em Auburn e Cherry-Hill; typos de regimen penitenciario nos Estados-Unidos . . . . .	104
38.—Movimento penitenciario na Europa depois de 1813; esforços attinentes á reforma prisional; queda, resurgimento e propagação do systema celllular; congressos penitenciarios; principaes systemas penitenciarios da actualidade . . . . .	109
39.—Progresso do regimen prisional em Portugal; tentativas anteriores á lei de 1 de julho de 1837 que creou entre nós o systema penitenciario e cadeas cellulares geraes; prisão civil denominada das Monicas; execução parcial do systema de prisão celllular, conselho penitenciario; regimen da penitenciaria de Lisboa; principios que inspiraram a reforma de 1867 . . . . .	114

## QUARTA PARTE

## PROBLEMAS PENITENCIARIOS

## CAPITULO I

	PAG.
40.—Variedade e importancia dos problemas penitenciarios; duas questões a tratar sobre esse assumpto . . . . .	121
41.—Necessidade da pena de prisão celllular deduzida da evolução do direito social de punir . . . . .	122
42.—Demonstração d'aquella necessidade por considerações relativas ao estado e inconvenientes das prisões communs . . . . .	124
43.—Vantagens do regimen penitenciario celllular; demonstração d'ellas pelo confronto d'este regimen com as penas de morte, de deportação e colonização penal; inconvenientes que aquelle regimen elimina e melhoramentos a que dá origem; é o que traduz a penalidade preferivel . . . . .	129

## CAPITULO II

44.—Tres formas de regimen penitenciario—philadelphico, de Auburn e progressivo, gradual ou irlandez; bases para julgar da sua superioridade relativa . . . . .	133
45.—Discussões sobre a comparação entre os dous primeiros; opinião e critica de Charles Lucas . . . . .	136
46.—Systema eclectico ou mixto e systema de prisão individual; desenvolvimento do systema penal progressivo; suas phases ou periodos de penalidade . . . . .	138
47.—Elementos ou condições d'um bom systema penitenciario . . . . .	143
48.—Rejeição do celllularismo continuo demorado; salubridade das cadeias; influencia do isolamento na mentalidade dos reclusos . . . . .	143
49.—Utilidade e necessidade do trabalho penal; rejeição da apreciação de Ortolan acerca do trabalho penal exterior . . . . .	150
50.—Opinião sobre o trabalho collectivo silencioso . . . . .	154
51.—Instrução intellectual e professional dos presos e sua necessidade; educação; meios internos e externos; patronato; religiosidade; influencia das communicações moralisadoras; cathegorias . . . . .	160
52.—O systema progressivo é o que melhor acolhe as idéas e elementos que justificam o regimen penitenciario; liberdade condicional; proposta do sr. José Luciano a respeito d'ella; argumentos de Beltrani Scalia; o systema progressivo é o mais consentaneo com a actual	

instituição do jury . . . . .	166
53.—O systema irlandez adapta-se á noção complexa do fundamento da penalidade; harmonia d'este systema com a doutrina que sobre o direito de punir se perfilhou; a sua acceitação não importa a adopção rigorosa da theoria correccionalista . . . . .	177
54.—Dificuldades do systema, conclusão . . . . .	179

## ERRATAS PRINCIPAES

Paginas 15, 16 e 21 e respectivas linhas 32, 27 e 31 supprimam-se as palavras: tom. 1.<sup>o</sup>.

"	3	linha	4	lea-se	<i>Franck</i>	em vez de	<i>Frank</i> .
"	29	"	29	"	<i>punir</i>	" " "	<i>penir</i> .
"	34	"	28	"	1822	" " "	1882.
"	57	"	7	"	<i>proficuo</i>	" " "	<i>propicio</i> .
"	"	"	10	"	<i>peccetur</i>	" " "	<i>peccatur</i> .
"	"	"	29	"	<i>Hencke</i>	" " "	<i>Hencke</i> .
"	61	"	2	"	<i>phrenologica</i>	" " "	<i>phrenologica</i> .
"	"	"	11	"	<i>Hume</i>	" " "	<i>Humne</i> .
"	71 e 79	"	10 e 26	"	<i>Renard</i>	" " "	<i>Renard</i> .
"	72	"	30	"	<i>assassino</i>	" " "	<i>assassinio</i> .
"	81	"	9, 21 e 35	"	<i>Fouillee</i>	" " "	<i>Fouillee</i> .
"	94	"	8	"	<i>Brito</i> <sup>2</sup>	" " "	<i>Brito</i> <sup>1</sup> .
"	121	"	17		na palavra <i>diaconisas</i> da linha 4 e não na palavra <i>Providencia</i> , é que devia indicar-se a nota 1.		
"	127	"	"	lea-se	<i>porem</i>	em vez de	<i>pois que</i> .
"	130	"	29	"	<i>perpetuamente</i>	" " "	<i>perfeitamente</i> .
"	133	"	5	"	<i>convictos</i>	" " "	<i>conviebos</i> .
"	145	"	1	"	<i>uma</i>	" " "	<i>unica</i> .
"	184	"	27	"	<i>forca</i>	" " "	<i>força</i> .

ED  
CA



P